

UiO : **Det juridiske fakultet**

Høyesteretts anvendelse av
folkerettslige metode ved
tolkning av
Flyktningkonvensjonen

Kandidatnummer: 543

Leveringsfrist: 25.05.20

Antall ord: 16483



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Problemstilling og aktualitet.....	1
1.2	Metode og avgrensninger.....	4
1.3	Særskilte utfordringer som følge av pandemien våren 2020.....	5
2	FOLKERETTSLIG METODE	5
2.1	Relevante rettskilder.....	6
2.2	Vektleggingen av rettskildene.....	7
3	SAMORDNING AV DEN FOLKERETTSLIGE REGELEN OG DE NORSKE RETTSKILDENE	9
3.1	Innledende om folkerettens forhold til norsk rett.....	9
3.2	Samordningsprosessen.....	9
3.3	Særlig om prejudikater	11
4	ANALYSE AV HØYESTERETTSPRAKSIS	12
4.1	Innledning.....	12
4.2	Funn.....	13
4.2.1	Oppsummering.....	13
4.2.2	Gjennomgang av de mest sentrale avgjørelsene	14
4.3	Særlige problemstillinger.....	25
4.3.1	Statens skjønnsmargin og domstolens prøvingsrett	25
4.3.2	Gir Flyktningkonvensjonen subjektive rettigheter?	27
4.3.3	Skal Flyktningkonvensjonen tolkes dynamisk?	29
4.3.4	Nasjonale hensyn.....	31
4.3.5	Betydningen av lovgivers forståelse.....	32
4.3.6	UNHCRs rolle og betydning.....	34
4.3.7	Bruk av EU-rettslige kilder.....	36
5	KONKLUSJONER	37
5.1	Rekkefølgen	37
5.2	Prejudikaters verdi.....	38
5.3	Retts sosiologiske og rettspolitiske betraktninger.....	40
6	VEDLEGG	43

LITTERATURLISTE53

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Det har lenge vært generelt antatt at asylretten handler om staters rett til å innvilge asyl til individer overfor andre stater. Denne doktrinen ble sist utfordret på 1900-tallet, da individers krav til respekt for grunnleggende menneskerettigheter, uavhengig av statssuverenitet, ble aktuelle temaer.¹

Første verdenskrig førte til en strøm av flyktninger til og innad i Europa, av en dimensjon som kontinentet aldri hadde opplevd før. Folkeforbundet utnevnte derfor i 1921 den første Høykommissæren for flyktninger (heretter Høykommissæren eller UNHCR), Fridtjof Nansen. Det ble opprettet nye folkerettslige instrumenter i takt med de nye folkegruppene som trengte beskyttelse, og Høykommissærens metode skilte seg derfor i stor grad fra dagens system.² Det var på den ene siden enklere å fastslå hvem som var flyktninger og få stater til å binde seg til instrumentene, men på den annen side fantes det intet folkerettslig vern for de nye gruppene med individer som også fikk et beskyttelsesbehov.

Flyktningproblemet var en brysom sak for statene i Europa, og dens humanitære side hadde ingen vekt i politikken etter første verdenskrig. Da *League of Nations Convention relating to the International Status of Refugees* ble lagt frem i 1933, ble den kun ratifisert av åtte stater, deriblant Norge.³ Selv om konvensjonen åpnet for at stater kunne ta de forbehold statene selv ønsket, utfordret den samtidig prinsippet om deres uinnskrenkede handle- og ansvarsfrihet overfor personer som ikke var deres egne borgere.⁴

Følgene av andre verdenskrig gjorde det tydelig at problemer knyttet til overveldende flyktningstrømninger ikke kan løses av stater alene. Det var oppstått et behov for en konvensjon som gav flyktninger rettigheter. Individers universelle rett til å søke og nyte asyl fra forfølgelse ble proklamert i FNs verdenserklæring om menneskerettigheter artikkel 14. Bestemmelsen kunne likevel ikke forstås slik at folkeretten sikrer en flyktning subjektiv rett til formalisert status som flyktning og varig oppholdsrett i tilfluktsstaten.⁵ Det gjenstod en formalisering av denne rettens juridisk forpliktende innhold overfor statene.

¹ Einarsen (2000), s. 94

² Einarsen (2000), s. 99

³ Goodwin-Gill (1983) s. 70-71

⁴ Einarsen (2000), s. 100

⁵ Einarsen (2000), s. 31

Resultatet ble FNs konvensjon om flyktningsstilling (heretter Flyktningkonvensjonen), som ble undertegnet i 1951 og trådte i kraft i 1954. Konvensjonen er per januar 2020 ratifisert av 146 stater, og dens tilleggsprotokoll fra 1967 av 147 stater.⁶ Konvensjonen var et gjennombrudd, særlig for betydningen av det folkerettslige prinsippet om *non refoulement* (forbudet mot å returnere personer til land hvor de vil risikere forfølgelse).⁷ Prinsippet ble gjennom Flyktningkonvensjonen art. 42 gjort ufravikelig, og den uløselige forbindelsen mellom individets rett til å søke asyl og staters plikt til å la flyktningen nyte asyl ble etablert.⁸

På grunn av den nære sammenhengen mellom prinsippet om *non refoulement* og asyl gjøres det ofte ikke et klart skille mellom dem. Den forvirrende og motstridende asyldefinisjonen og flyktningbegrepets anvendelighet har vanskeliggjort forholdet mellom folkerett og nasjonal rett, og ført til omfattende debatter i teorien og praksis.⁹ Einarsen fremhevet også politikken betydning i den praktiske asylretten, ved at hensyn utenfor rammen av holdbare folkerettslige argumenter får betydning i både administrative og juridiske beslutningsprosesser.¹⁰

Utlendingslovens innhold er en av de mest kontroversielle og polariserende politiske tematikkene, også i Norge. I forbindelse med vedtakelsen av loven i 1988,¹¹ kort tid etter innvandringsstoppet i 1975,¹² var temperaturen høy i debatter om asyl. Temaet har med jevne mellomrom kommet opp, senest i forbindelse med de høye ankomsttallene i 2015. Det ble foreslått en rekke innstramninger i utlendingsregelverket under og i ettertid av den såkalte flyktningkrisen. Disse forslagene måtte ta hensyn til Flyktningkonvensjonens rammer for det nasjonale spillerommet.¹³

Behovet for en konvensjon som gir rettigheter til mennesker på flukt er fortsatt til stede. Ifølge UNHCR¹⁴ var 25,9 millioner mennesker på flukt utenfor sitt hjemland i 2018. Konvensjonen omhandler rettigheter til mennesker i en sårbar situasjon, som ofte ikke har tilstrekkelige ressurser til å forfølge sine rettskrav. At Høyesterett foretar grundige vurderinger av våre forpliktelser etter Flyktningkonvensjonen i tolkningen av det nasjonale regelverket, er avgjørende for at disse menneskenes rettssikkerhet blir ivaretatt.

⁶ UNCHR (2015)

⁷ Grahl-Madsen (1972), s. 93-98; Goodwin-Gill (1996), s. 117-172

⁸ Einarsen (2000), s. 97

⁹ Einarsen (2000), s. 98

¹⁰ Einarsen s. 35

¹¹ Lov 24.06.1988 nr. 64 (Gammel utlendingslov)

¹² Forskriften om midlertidig innvandringsstopp ved kgl. Res. 10. januar 1975

¹³ UNHCR (2016)

¹⁴ UNHCR (2018)

Det følger av utlendingsloven¹⁵ § 3 at loven skal anvendes i samsvar med de internasjonale reglene som Norge er bundet av, så lenge reglene har til formål å styrke rettssubjektets stilling. Bestemmelsen utdypes i forarbeidene,¹⁶ hvor det følger at:

«Reglene i lovutkastet er selvsagt utformet med sikte på å være i samsvar med disse forpliktelsene, men dersom det skulle oppstå tvil ved anvendelsen av en bestemmelse, innebærer § 3 at man skal anvende det tolkningsalternativ som gjør at folkerettsbrudd unngås. Internasjonale regler som Norge er bundet av skal altså benyttes til tolkning og utfylling av loven, til erstatning for eller med gjennomslagskraft overfor lovbestemmelser som eventuelt går i motsatt retning.»

Dette innebærer at norske myndigheter ved tolkningen av utlendingsregelverket må foreta en selvstendig fortolkning av den aktuelle folkerettsregelen. Ettersom det ikke finnes en internasjonal prejudikatdomstol (sml. EMD) som kan overprøve Høyesteretts avgjørelser i saker som omhandler Flyktningkonvensjonen, er Høyesteretts avgjørelser vesentlige for nasjonale rettsutøvere.

Eksempelvis kan det ses til et av de mest alvorlige eksemplene på rettssikkerhetsskandaler i Norge (fra 2014). Et ukjent antall flyktninger ble straffedømt for dokumentfalsk fordi de benyttet falske dokumenter under flukten. Det viste seg at slike forhold er straffefrie etter Flyktningkonvensjonen artikkel 31 nr. 1, dersom flyktningen uten ugrunnet opphold opplyser politiet om dette når vedkommende kommer til Norge.¹⁷ Saken viser betydningen av at flyktninger får en overprøving av sine rettigheter for uavhengige domstoler. Den viser også hvor sentral Høyesterett er i sikringen av disse menneskenes rettssikkerhet.

En garanti for at Høyesterett alltid vil oppdage uriktige forståelser av våre internasjonale forpliktelser finnes ikke. Det er for eksempel mulig å tenke seg at også høyesterettsdommere på ulike måter blir påvirket av folkeopinionen på dette polariserende feltet, dog i mindre grad enn den utøvende og lovgivende makt som er avhengige av folkets stemmer for å beholde sin posisjon.

Et grunnelement for å fortolke de folkerettslige forpliktelsene korrekt er anvendelse av folkerettslig metode. Særlig i krisetider kan det tenkes at metodiske valg tilpasses for å komme frem til et resultat som til en viss grad samstemmer best med ens politiske overbevisning. Dette er grunnen til at jeg har valgt å analysere Høyesteretts anvendelse av folkerettslig metode i avgjørelser der Flyktningkonvensjonens regler er relevante. Jeg vil videre identifisere

¹⁵ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, 15. mai 2008, nr. 35

¹⁶ Ot.prp.nr 75 (2006-2007), s. 401

¹⁷ Rt. 2014 s. 645

og drøfte de særlige problemstillingene som har vært avgjørende for de forskjellige metodiske valgene.

1.2 Metode og avgrensninger

Med folkerettslig metode menes de generelle tolkningsforutsetninger som fagjurister legger til grunn som relevante for rettskildebruk ved tolkning av traktater. Denne metoden er utviklet i stor grad av praksis fra den internasjonale domstolen i Haag (*International Court of Justice*, heretter ICJ), og er senere kodifisert i Wienkonvensjonen om traktatretten (heretter Wienkonvensjonen).¹⁸

ICJ er gitt myndighet til å løse tvister mellom konvensjonsstatene, samt avgjøre tolknings spørsmål etter Flyktningkonvensjonen og Tilleggsprotokollen.¹⁹ For å tolke konvensjonen riktig må man følge de samme rettskildeprinsippene som ICJ benytter.²⁰ Jeg vil først redegjøre for hvilke rettskildeprinsipper som følger av ICJ-statuttene²¹ og deretter sedvanerettslige tolkningsprinsippene som er nedfelt i Wienkonvensjonen. Dette er utgangspunkter som ICJ selv bruker i sine avgjørelser.²²

Folkeretten og norsk rett er to adskilte rettssystemer. Med norsk rett og norske rettskilder menes her rettsregler og kilder som springer ut av det norske rettssystemet. Norske rettskilder må tolkes ved bruk av norsk metode, mens de folkerettslige tolkes ved bruken av den folkerettslige metode. For å finne frem til gjeldende rett må man samordne de norske reglene med de som følger av Flyktningkonvensjonen. Disse prosessene blir gjennomgått i kapittel 3.

Formålet med redegjørelsen i kapittel 2 og 3 er ikke å gi en fullstendig gjennomgang av den folkerettslige metodelæren og dennes betydning for tolkning av nasjonalt regelverk, men å klargjøre sentrale premisser for den etterfølgende analysen.

Analysen av avgjørelser der Høyesterett har tolket Flyktningkonvensjonen gjøres i kapittel 4. Utvalget ble gjort ved et søk i Lovdata og inneholder høyesterettsavgjørelser der konvensjonen tolkes eller burde ha blitt tolket. Dette er til sammen 16 avgjørelser, den eldste fra 1991 og den nyeste fra 2019. Analysen omhandler både klassiske metodiske spørsmål, men også materielle spørsmål som har direkte betydning eller sammenheng med de metodiske. Av tids-

¹⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties (UN, 1969)

¹⁹ Flyktningkonvensjonen art. 38; Protocol Relating to the Status of Refugees (New York, 31. januar 1967) art. IV.

²⁰ Einarsen (2000), s. 59

²¹ Statute of the International Court of Justice (San Francisco 26. juni 1945)

²² Se f.eks. Argentina vs. Uruguay (pkt. 65)

og plasshensyn avgrenses det i stor grad mot de deler av avgjørelsene som omhandler tolkning av andre regler enn de som springer ut av Flyktningkonvensjonen.

Resultatene av analysene blir presentert samlet i punkt 4.2. Av plasshensyn blir det kun gitt en mer grundig gjennomgang av de mest sentrale avgjørelsene, men analysens resultater er skjematisk fremstilt i vedlegg 1 til 10. Deretter gjennomgås særlige problemstillinger som tilsynelatende har hatt betydning for Høyesteretts metodiske valg. Avslutningsvis oppsummeres funnene og det gjøres bredere vurderinger av de samlede resultatene i kapittel 5.

En faktor som svekker de brede konklusjonene som trekkes i analysen er det begrensede antallet prejudikater som finnes der Høyesterett tolker Flyktningkonvensjonen. For å bøte på dette har jeg tatt med noen avgjørelser fra ankeutvalget (tidligere kjæremålsutvalget) der det gjøres eller burde ha blitt gjort en tolkning av konvensjonens innhold.

Det vises videre til at jeg kun har forholdt meg til de rettskildene som Høyesterett uttrykkelig har vurdert i dommen, men ikke gått nærmere inn på hvilke andre kilder som ble anført under prosedyren eller for tidligere instanser. I dette ligger en feilkilde, ettersom det i visse tilfeller kan foreligge en annen begrunnelse enn den som faktisk blir skrevet ned i en dom.

En siste svakhet ved analysen er at det ofte ikke ble gjort et klart skille mellom fastsettelsen av innholdet i den folkerettslige regelen og fastsettelsen av innholdet i de norske reglene. Jeg har etter beste evne forsøkt å sortere argumentene, for så å gjøre en vurdering av bruken av folkerettslig metode.

1.3 Særskilte utfordringer som følge av pandemien våren 2020

En betydelig utfordring ved oppgaveskrivingen denne våren har vært den begrensede tilgangen til universitetets lokaler og relevante rettskilder som følge av stenging 12. mars 2020. Det vises derfor til dekanvedtaket av 24. april 2020 om «Håndtering av utfordringer som følge av pandemisituasjonen for masteroppgaveskrivende» og bes om at dette hensyntas i vurderingen av oppgaven.

2 Folkerettslig metode

For å sikre en enhetlig håndhevelse og tolkning av konvensjoner dannes det ofte ledende internasjonale prejudikatdomstoler. En slik domstol finnes ikke for Flyktningkonvensjonens vedkommende. Konvensjonen fastsetter at UNHCR skal føre tilsyn med statenes anvendelse av konvensjonen. Organet skal også gi anbefalinger om både tolkning av konvensjonen og

landspesifikke forhold. Disse anbefalingene er ikke rettslig bindende for medlemsstatene på samme måte som avgjørelser fra en domstol hadde vært.

Det er derfor opp til medlemstatene selv å sørge for at korrekt forståelse av konvensjonens innhold legges til grunn av alle statens myndigheter. Høyesterett skal tolke konvensjonen i god tro, jf. Wienkonvensjonen art. 26 og art. 31 nr. 1, og i samsvar med folkerettslige tolkningsprinsipper. Tanken er at dersom Høyesterett finner frem til de relevante tolkningsfaktorene og anvender disse etter den folkerettslige tolkningsmetoden vil tolkningsresultatet samsvare med medlemsstatenes intensjon.

2.1 Relevante rettskilder

ICJ har i stor grad bidratt til fastsettelsen og utviklingen av den folkerettslige metode.²³ Etter Flyktningkonvensjonen art. 38 er ICJ verneting for løsning av tvister om tolkning av konvensjonen eller dens anvendelse. De metodiske følgene av dette er at rettsanvendere må følge denne domstolens rettskildebruk ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen.

ICJ-statuttene art. 38 (1) angir hvilke rettskilder som er sentrale for ICJs tolkning av folkerett:

« 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;*
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;*
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;*
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.»*

I sine vurderinger vil ICJ se på konvensjoner, sedvaneretten eller alminnelige rettsprinsipper som primære rettskilder. Uttrykket «*international conventions*» blir tolket i vid forstand.²⁴ I tillegg til å være likestilte, sentrale rettskilder, vil disse tre brukes som momenter i tolkningen av hverandre.²⁵ For eksempel vil relevant sedvanerett og alminnelige rettsprinsipper være momenter i tolkningen av Flyktningkonvensjonen.

²³ Pellet (2012), s. 799

²⁴ Pellet (2012), s. 800 flg.

²⁵ Pellet (2012), s. 841

Rettspraksis fra internasjonale domstoler og rettslig teori betegnes som subsidiære rettskilder, og skal følgelig tillegges mindre vekt. ICJs praksis viser likevel at det hyppig legges stor vekt på egne avgjørelser.²⁶ Det samme kan ikke sies om rettslig teori.²⁷

Listen over relevante rettskilder i art. 38 (1) er ikke uttømmende, og Wienkonvensjonen om traktatretten gir ytterligere veiledning. ICJ har i flere saker uttalt at Wienkonvensjonens bestemmelser om tolkning reflekterer folkerettslig sedvanerett, og anvender disse reglene i egne saker.²⁸ Selv om Norge ikke har tilsluttet seg denne traktaten, er den bundet av den folkerettslige sedvanerett. Høyesterett har dessuten ved flere anledninger sagt seg enig i ICJs forståelse, og tatt utgangspunkt i disse tolkningsreglene ved tolkning av Flyktningskonvensjonen.

Etter Wienkonvensjonen art. 31 (3) (c) er ikke kun konvensjonen som tolkes av relevans, men også andre folkerettslige regler som samtlige stater er bundet av. For tilleggsavtaler til konvensjonen og etterfølgende avtaler gjelder det samme, se art. 31 (2) og 31 (3) a.

Flyktningskonvensjonens forarbeider regnes som «*supplementary means of interpretation*», etter artikkel 32. Det samme gjelder praksis fra internasjonale organer, som for eksempel UNHCR.²⁹

Statspraksis vil kun være en relevant kilde dersom det «*establishes the agreement of the parties regarding its interpretation*», jf. art. 31 (3) b).³⁰ Etter art. 27 kan ikke nasjonale regler brukes som et argument for ikke å oppfylle forpliktelsene etter konvensjonen. Lest i sammenheng vil disse to bestemmelsene si at verken norske regler, domstolspraksis, forvaltningspraksis eller annet kan ha rettskildemessig vekt utover sin argumentasjonsverdi, med mindre det sammen med andre lands praksis gir uttrykk for en enighet om forståelsen av flyktningskonvensjonen.

2.2 Vektleggingen av rettskildene

Utgangspunktet for hvordan traktater skal tolkes er nedfelt i Wienkonvensjonen art. 31 (1), som sier at traktater skal tolkes:

²⁶ Pellet (2012), s. 858

²⁷ Ruud og Ulfstein (2014), s. 77-79

²⁸ ICJ, Hungary v. Slovakia; Islamic republic of Iran v. United States of America; Libyan Arab Jamahiriya/Chad; Guinea-Bissau v. Senegal

²⁹ Se punkt 4.3.6

³⁰ Dörr (2011), s. 521

“in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its objects and purpose.”

Kravet om at traktater skal tolkes i god tro springer ut av lojalitetsplikten mellom partene i en avtale. I artikkel 26 pålegges også stater en plikt til å oppfylle traktatens forpliktelser i god tro. Kravet innebærer blant annet at rettsanvendere skal komme frem til det resultat som stemmer best overens med partenes felles intensjoner.³¹ Dette bekreftes av artikkel 19, som sier at det ikke kan tas forbehold som ikke tillates av traktaten. Viktigheten av partenes intensjon fremheves også i Wienkonvensjonen art. 31 (4).

For å finne ut av hva intensjonen var starter man, jf. Artikkel 31 (1), i traktatens ordlyd. Det har tradisjonelt blitt oppstilt tre teorier om hvordan konvensjoner skal tolkes, der den objektive tolkningsteorien kan sies å ha størst støtte. Av denne følger at konvensjonens ordlyd må være det avgjørende. ICJ har videre gitt uttrykk for at enhver tolkning må ta utgangspunkt i ordlyden og at det skal en del til for å akseptere et tolkningsalternativ som i realiteten korrigerer ordlydens naturlige betydning.³²

De som advarer mot å tillegge ordlyden mer vekt enn den gir grunnlag for påpeker at ordlyden kan være knapp og uklar, og at det ofte finnes flere språkversjoner av den samme konvensjonen som ikke gir en entydig løsning.³³ Noen konvensjoner er dessuten ment å tolkes formålsrettet og tidsriktig.³⁴ Formålene med konvensjonen kan videre være harmonisering av regelverk på tvers av landegrenser. For disse tilfellene vil ordlyden alene ikke gi særlig stor veiledning.

Ordlyden skal derfor etter art. 31 (1) anvendes i lys av traktatens formål. Det er generelt anerkjent at man må gå til konvensjonens fortale for å finne partenes formål. Formålets innhold vil avhenge av ordlyden, og er ikke et selvstendig tolkningsmoment der ordlyden er klar. Videre skal ordlyden anvendes i riktig kontekst, altså i lys av traktaten for øvrig, jf. art. 31 (2).

En skal *«together with the context»* ta i betraktning etterfølgende avtaler mellom partene, etter art. 31 (3). Dette fordi partene står fritt til å bli enige om tolkningen av en konvensjon i en ny konvensjon. Etterfølgende praksis kan være av betydning dersom denne er felles for partene, konsistent og varig, som vist i Corfu Channel-saken.³⁵ De samme kriteriene gjelder for

³¹ Costa Rica v. Nicaragua, avsnitt 58: «[D]etermining [the intention of the drafters of the Treaty] is the main task in the work of interpretation»

³² Serbia and Montenegro v. Belgium, avsnitt 100; Guinea-Bissau v. Senegal, s. 69

³³ Wienkonvensjonen art. 33

³⁴ Se pkt. 4.3.3

³⁵ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania

etterfølgende statspraksis. Avslutningsvis skal en se hen til andre internasjonale regler som partene er bundet av.

Dersom ordlyden er klar vil «*the ordinary meaning*» legges til grunn, men ofte er ikke dette tilfellet. Dersom det fortsatt er uklart hvilken forståelse av innholdet som skal legges til grunn kan man se på de supplerende tolkningsmomentene. Listen i art. 32 er ikke uttømmende, jf. ordlyden «*include*». De supplerende tolkningsmomentene kan kun tas i betraktning for å bekrefte ordlyden, eller dersom ordlydens betydning fører til at løsningen er absurd eller urime- lig. I bestemmelsen blir forarbeider og forhistorie fremhevet.

3 Samordning av den folkerettslige regelen og de norske rettskildene

3.1 Innledende om folkerettens forhold til norsk rett

Det følger av den tradisjonelle rettskildelæren at norsk rett og folkeretten er individuelt uavhengige systemer. Dette utgangspunktet kalles for det dualistiske prinsipp. Folkeretten regulerer forholdet mellom stater, og for at internasjonale regler skal ha betydning for, eller være en del av, norsk rett må denne gjennomføres særskilt eller følge av den folkerettslige sedvaneretten. Suverenitetsprinsippet innebærer dessuten at alle stater er suverene og at disse derfor kun underkastes egen vilje. Dette innebærer også at stater selv velger om de ønsker å begrense eller gi avkall på egen selvbestemmelsesrett. Først etter gjennomføring av de internasjonale forpliktelsene i nasjonal rett får internasjonale regler direkte betydning.

3.2 Samordningsprosessen

I rettsanvendelsen skal man klargjøre innholdet i den folkerettslige forpliktelsen, hvilke argumenter som kan utledes av de nasjonale rettskildene, for så å samordne (harmonisere) disse. Andenæs beskriver folkerettens betydning for den norske retten med tre hovedpunkter. Det første er at internasjonale forpliktelser kun får betydning etter oppfyllelse av forpliktelsene. Det andre hovedpunktet er at folkeretten, gjennom presumpsjonsprinsippet, inngår som en rettskildefaktor når man skal fastlegge innholdet i norsk rett. Det siste hovedpunktet sier at norsk rett som utgangspunkt skal gå foran dersom det foreligger motstrid mellom den norske regelen og våre internasjonale forpliktelser.³⁶

Flyktningkonvensjonen ble ratifisert ved inkorporasjon av de viktigste bestemmelsene i utlendingsloven. For de reglene som er transformert vil man tolke den norske regelen i samsvar

³⁶ Andenæs (2009), s. 58

med transformasjonsformålet. Konvensjonen får utslagsgivende kraft der den norske regelen er uklar, og der det ikke er mulig å eliminere motstrid vil den norske ordlyden ha forrang. Hva gjelder reglene som ble inkorporert skal konvensjonsteksten gjelde direkte som norsk lov, og med dette følger de særlige internasjonale tolkningsprinsipper.

På utlendingsrettens område ble det innført sektormonisme. Etter utlendingslovens § 3 skal dennes bestemmelser anvendes i samsvar med våre internasjonale forpliktelser når dette er til fordel for individet. Det betyr at skillet mellom det folkerettslige og det norske systemet er opphevet, og Flyktningkonvensjonens innhold gjøres til norsk rett.

Det følger av statssuverenitetsprinsippet og det dualistiske prinsipp at det ved motstrid mellom en folkerettslig og en norsk regel gis forrang til den norske regelen.³⁷ Inkorporeringen av Flyktningkonvensjonens regler og forrangsbestemmelsen i utlendingsloven § 3 endrer dette utgangspunktet. I tillegg til at det skal presumeres at de norske reglene samstemmer med våre internasjonale forpliktelser, skal rettsanvendere bevisst velge det tolkningsalternativet som samsvarer best med forpliktelsene.

For det første innebærer dette at våre folkerettslige forpliktelser styrer de slutninger vi trekker fra nasjonale rettskildefaktorer. For eksempel bør Høyesterett se bort ifra uttalelser i forarbeidene dersom disse ikke bygger på riktig forståelse av våre folkerettslige forpliktelser, eller velge den forståelsen av en regels ordlyd som samsvarer best med innholdet i den folkerettslige regelen.

Deretter inngår den folkerettslige regel og de interne rettskildefaktorene i en harmoniseringsprosess. Her vil den internasjonale regelens vekt være av stor betydning. Høyesterett har gått langt for å unngå å konstatere motstrid, for eksempel ved å vise til presumpsjonsprinsippet og innskrenke, presisere eller utvide ordlydsfortolkninger slik at disse samsvarer med den folkerettslige regelen.

Peker løsningen som fremgår av Flyktningkonvensjonen i samme retning som regelen i den nasjonale loven, eller en av tolkningsalternativene etter loven, er det ikke et problem å fastslå det korrekte resultatet. Problemer oppstår der disse peker i hver sin retning og det må tas stilling til hvilke argumenter som må gis utslagsgivende vekt. Konsekvensen av inkorporeringen av Flyktningkonvensjonen i utlendingsloven og forrangsbestemmelsen i § 3 er at de internasjonale forpliktelsene i motstridstilfeller går foran de norske reglene.

³⁷ Rt. 1997 s. 580 (OFS), Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I), Rt. 2007 s. 234 (Kongsberg kommune)

Innholdet i § 3 ble gjennomgått i forarbeidene til utl. 2008, Ot.prp.nr 75 (2006-2007). Forarbeidsuttalelsen viser at det var et ønske om å fremheve at folkeretten på dette feltet skal ha direkte internrettslig virkning der dette styrker individets stilling.³⁸ Vedtakelsen av Grunnloven § 92 fremhever statens plikt til å følge opp dette ønsket, som bekreftet av Høyesterett i HR-2016-2554-P, avsnitt 70:

«På denne bakgrunn finner jeg det klart at Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.»

3.3 Særlig om prejudikater

Når Høyesterett skal tolke Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK) følges Den europeiske menneskerettsdomstolens (heretter EMD) metode,³⁹ på samme måte som retten følger Den europeiske unions domstolens (heretter EU-domstolen) metode ved tolkningen av regelverk som stammer fra EU-lovgivning. Høyesterett har som allerede nevnt ingen mal for hvordan Flyktningkonvensjonen skal tolkes. En følge av dette er at høyesterettsavgjørelser som behandler rettigheter etter Flyktningkonvensjonen blir metodiske og materielle forbilder for andre nasjonale rettsanvendere.

I norsk rett er det en generell oppfatning at prejudikater er selvstendige argumenter som fører til at like saker må dømmes likt, men dette er kun et utgangspunkt. Et prejudikat er en høyesterettsavgjørelse i avdeling, storkammer eller plenum. Ankeutvalget og underdomstolenes avgjørelser kan være presedenser, men ikke prejudikater. For at en avgjørelse skal være et prejudikat må det videre gjøres en vurdering av hva som er gjeldende rett, og avgjørelsen må kunne ha betydning utover den konkrete saken den behandler.⁴⁰

Ved vurderingen av om et prejudikat er relevant i en senere sak, skal det foretas en helhetsvurdering. Det første det skal ses hen til er om prejudikatet gjelder det samme som saken for hånd. Er dette tilfellet må det spørres om prejudikatet er prinsipielt utformet, og om man derfor bør tillegge det vekt. Der prejudikatet behandler skjønsmessige vurderinger må saksforholdene være sammenliknbare. Videre vil det være relevant om avgjørelsen ble enstemmig vedtatt, og hva rekkevidden av de eventuelle dissensene er. Resultatet må dessuten fremstå som riktig.

³⁸ Ruud og Ulfstein (2014) s. 56

³⁹ Rt. 2005 s. 833 (avsn. 45)

⁴⁰ Andenæs (2009), s. 81 flg.

Kommer man til den konklusjon at prejudikatet er relevant, så blir spørsmålet om det kan og bør fravikes. Det er alminnelig antatt at det kun er Høyesterett selv om kan fravike egne prejudikater.⁴¹ Spørsmålet for Høyesterett blir da om resultatet fremstår som uriktig sett i sammenheng med de kilder som forelå og om rettskildebildet har endret seg. Prejudikatet kan dessuten ikke ha vært grundig nok behandlet. Dersom en regel er skjønsmessig utformet kan formålet med regelen være at den skal tilpasses samfunnsoppfatningen, og i slike tilfeller bør Høyesterett oppdatere hva gjeldende rett er. Videre kan reelle hensyn tale for at prejudikatet bør fravikes, og dets alder kan også være av betydning.

Et moment som kan tale mot at et prejudikat fravikes er at berørte har innrettet seg og at en endring kan påvirke disse negativt. Hyppige fravikelser av prejudikater kan dessuten føre til en endring i holdningen om prejudikaters vekt.

Dersom prejudikater inneholder generelle uttalelser som ikke har betydning for den konkrete sakens utfall, såkalte obiter dicta, vil vurderingen av om uttalelsen er relevant være en annen. Utgangspunktet er at disse uttalelsene bør tillegges vekt, men kan fravikes enklere, særlig dersom det ikke ble gjort en grundig vurdering av gjeldende rett for denne delen av dommen.

Et annet spørsmål er om Høyesteretts avgjørelser i storkammer eller plenum har de samme prejudikatsvirkningene som avgjørelser i avdeling. Det er åpenbart at avgjørelsesformen er av betydning for hvor mye en storkammer- eller plenumsdom bør tillegges. Likevel betyr ikke dette at Høyesterett i avdeling ikke kan fravike en storkammer- eller plenumsdom dersom dommen er uriktig.⁴²

4 Analyse av høyesterettspraksis

4.1 Innledning

Jeg har tatt utgangspunkt i hvordan innholdet i Flyktningkonvensjonen bør fortolkes *de lege ferenda*. Analysen starter i punkt 4.2 med en oppsummert vurdering av Høyesteretts anvendelse av den folkerettslige metoden. I punkt 4.3 gis en oversikt over metodiske utviklingslinjer i lys av historiske begivenheter.

Høyesteretts syn på forholdet mellom norsk rett og våre internasjonale forpliktelser påvirker valg av metode ved fastsettelsen av Flyktningkonvensjonens innhold og samordningen med de norske reglene. Analysen har vist hvilke materielle problemstillinger som har vært

⁴¹ Se mer om dette i Lilleholt (2016)

⁴² Andenæs (2009), s. 81 flg.

gjengangere og hvordan Høyesteretts syn på disse har påvirket de ulike metodiske avgjørelsene. Jeg foretar en redegjørelse og selvstendig vurdering av disse spørsmålene i punkt 4.3.

Det er en viss variasjon i hvor inngående hver avgjørelse blir beskrevet og behandlet. Jeg har av plasshensyn valgt å gi en mer utfyllende fremstilling av de avgjørelsene som av ulike grunner er mer interessante. Av samme grunner har jeg så langt som mulig unngått å kommentere på Høyesteretts metode der vurderingene ikke knytter seg til Flyktningkonvensjonen.

4.2 Funn

4.2.1 Oppsummering

Skjemaet i vedlegg 1 viser i hvilken grad den folkerettslige metoden anvendes ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen. De ulike kategoriene beskriver etter min mening best de ulike avgjørelsene. De to første kategoriene omhandler der den folkerettslige metoden brukes godt eller er forsøkt brukt på riktig måte. De siste tre kategoriene brukes for avgjørelser der den folkerettslige metoden ikke brukes eller er mangelfull.

Et generelt overblikk viser at folkerettslig metode brukes eller blir forsøkt brukt godt i omtrent 30 % av avgjørelsene. Ser man kun på prejudikatene blir prosentandelen der folkerettslig metode brukes godt 40 %. Analysen viser interessant nok ingen sammenheng mellom bruk av folkerettslig metode og resultatet i avgjørelsene. I 33,3 % av sakene der utlendingen fikk medhold ble folkerettslig metode anvendt, og i saker der staten fikk medhold ble det brukt god folkerettslig metode i 30 % av tilfellene. Det er likevel verdt å merke seg at det kun foreligger dissens i de sakene der den folkerettslige metoden ikke ble brukt godt og der staten fikk medhold.⁴³

Et avvik fra den folkerettslige metoden som gikk igjen i avgjørelsene var at Høyesterett ikke anvendte konvensjonen på ett av de autoritative språkene. Det ble heller ikke nevnt at konvensjonen finnes på mer enn et autoritativt språk. Problemene som har oppstått som følge av de ulike ordlydene beskrives heller ikke.

Videre ble det ofte vist til sekundærkilder som omtaler primærkildene, i stedet for å vise direkte til primærkilden. Et eksempel på dette er at det ikke ble sett til forarbeidene eller fortalen for å finne formålet, men heller til en uttalelse om formålet i en tidligere høyesterettsavgjørelse. I mange av sakene var det dessuten vanskelig å skille mellom tolkningen av den

⁴³ Vedlegg 2

regelen etter Flyktningkonvensjonen og tolkningen av de nasjonale rettskildefaktorene. Ofte ble det heller ikke gjort uttrykkelige vurderinger av de ulike kildenes relevans eller vekt.

Synet på hvorvidt kilder fra UNHCR er relevante og hvor mye vekt de skal tillegges varierte videre i stor grad.⁴⁴ Før 2010 ble slike kilder verken brukt eller nevnt. Man gikk tilbake til å ikke tillegge dem vekt i dommene fra 2015 og 2017, selv i en sak der Høykommissæren var partshjelper.⁴⁵ I avgjørelsene fra 2018 ble kildene reintrodusert som relevante og ble igjen tillagt vekt. Interessant er også den økende bruken av EU-rettslige kilder i tolkningen av Flyktningkonvensjonens innhold.

Det mest diskuterte er bruken av nasjonale rettskilder i fortolkningen av Flyktningkonvensjonens bestemmelser, uten at det i det minste knyttes en bemerkning til den nasjonale kildens relevans eller argumentasjonsverdi.⁴⁶ Måten uttalelser fra de nasjonale forarbeidene om forholdet mellom den norske regelen og Flyktningkonvensjonens regel ukritisk blir lagt til grunn er også problematisk.⁴⁷ På samme måte blir vurderinger i tidligere høyesterettsavgjørelser lagt til grunn, selv om det heller ikke i disse ble brukt folkerettslig metode.⁴⁸ I noen avgjørelser ble også nasjonale hensyn (såkalte reelle hensyn) tillagt vekt.

4.2.2 Gjennomgang av de mest sentrale avgjørelsene

Etter et enstemmig stortingsvedtak 10. desember 1974 ble det innført en stopp i arbeidsinnvandring. Perioden som fulgte var preget av en økende skepsis til innvandring, og en økende enighet i politikken om en rekke innstramminger i utlendingsregelverket.⁴⁹ Samtidig kom det flere flyktninger og tallet på asylsøkere hadde tidoblet fra 1985 til 1987. Dette var bakteppet da Høyesterett behandlet Abdi-saken i 1991.

Dommen inntatt i *Rt. 1991 s. 586* omhandlet en somalisk borger som fikk avslag på sin asylsøknad av Justisdepartementet i 1984 fordi han ikke var særlig politisk aktiv i hjemlandet. Den etterfølgende, selvutløste forfølgelsesrisiko kunne ikke gi grunnlag for asyl. Tingretten og lagmannsretten kom til at Justisdepartementets vedtak måtte kjennes ugyldig på grunn av uriktig lovforståelse.

⁴⁴ Vedlegg 6

⁴⁵ HR-2017-2078-A

⁴⁶ HR-2017-2078-A, avsnitt 77 flg.

⁴⁷ Vedlegg 5

⁴⁸ Vedlegg 8

⁴⁹ NOAS (2018)

Høyesterett var delt. Førstvoterende og tredjevoterende ville stadfeste lagmannsrettens dom, men med ulik begrunnelse. Annenvoterende var enig i førstvoterendes lovforståelse, men uenig i at Justisdepartementet ikke hadde vurdert saken forsvarlig og kom til, med medhold av to dommere, at Justisdepartementets vedtak var gyldig.

Flertallet bygget på en snever forståelse av norske myndigheters forpliktelser etter internasjonal rett, og viste en høy grad av lojalitet til lovgivers vurderinger. Det ble videre uttalt at forvaltningen, utenfor konvensjonens faste kjerneområde, stod folkerettslig fritt til å handle etter eget skjønn.⁵⁰ Konsekvensen av dette var at Høyesterett ikke kunne overprøve forvaltningens lovforståelse i større grad enn de ville ha overprøvd forvaltningens frie skjønn.⁵¹

Bruken av folkerettslig metode i dommen er beheftet ved en rekke svakheter. Det ble ikke gjort et klart skille mellom tolkningen av den folkerettslige og nasjonale regelen, og flere irrelevante tolkningsfaktorer ble avgjørende for fastsettelsen av konvensjonens innhold. Lovgives forståelse av innholdet og forhold til norsk rett ble for eksempel tillagt betydelig vekt i tolkningen av artikkel 1 A (1).⁵² Det samme gjaldt forvaltningens forståelse og praksis.⁵³ Etter Wienkonvensjonen skal slike nasjonale rettskilder ikke tillegges betydning utover deres argumentasjonsverdi.

En positiv side ved dommen var at Høykommissærens uttalelse først etter en relevansvurdering ikke ble tillagt vekt. Momenter som var relevante i denne vurderingen var innholdet i uttalelsen, reservasjoner og andre staters oppfatning av det som gis uttrykk for i Håndboken.⁵⁴ Dette står i kontrast til en rekke andre avgjørelser der det ikke foretas en slik vurdering.

I ettertid har dommen blitt sterkt kritisert,⁵⁵ særlig ettersom den snevre forståelsen av myndighetenes forpliktelser etter Flyktningkonvensjonen ikke har folkerettslig forankring. Utgangspunktet om domstolens prøvingsadgang ble tilsidesatt i blant annet Rt. 2010 s. 858 og det samme gjelder tanken om at artikkel 1 A (2) ikke oppstiller subjektive rettigheter.⁵⁶

Selv om dommens alder, etterfølgende lovendringer og kritikk skulle tilsi at denne burde ha blitt en del av rettshistorien, har dens utgangspunkter blitt nevnt av Høyesterett i flere saker. I *Rt. 1993 s. 586* satte Høyesteretts kjæremålsutvalg effektivt til side folkerettslige

⁵⁰ Rt. 1991 s. 586, på s. 592

⁵¹ Rt. 1991 s. 586, på s. 594

⁵² Rt. 1991 s. 586, på s. 591

⁵³ Rt. 1991 s. 586, på s. 592

⁵⁴ Rt. 1991 s. 586, på s. 593

⁵⁵ Øyen (2013) s. 40-41; Einarsen (2000) s. 77-82

⁵⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 73; Innst. O nr. 42 (2007-2008) s. 18

tolkningsprinsipper, etter en henvisning til bemerkningene om rekkevidden av domstolens prøvingsrett i Rt. 1991 s. 586. Avgjørelsen inntatt i *Rt. 1995 s. 1218* inneholdt noen elementer av folkerettslig metode, men viser totalt sett ingen endringer fra måten Høyesterett tolket Flyktningkonvensjonen tidligere.

Den stort sett ukritiske bruken av de metodiske utgangspunktene i Rt. 1991 s. 586 varte frem til 2010. Ikrafttredelsen av den nye utlendingsloven i 2008 er en sannsynlig grunn for at disse utgangspunktene ble gått bort fra på akkurat dette tidspunktet. Loven inneholdt den nye forrangsbestemmelsen og innførte sektormonisme på utlendingsfeltet. Det var, som uttrykt i de tidligere siterte forarbeidene,⁵⁷ på dette tidspunktet et klart ønske om å overholde våre internasjonale forpliktelser og å styrke Flyktningkonvensjonens stilling.

I Rt. 2010 s. 858 tok Høyesterett denne metodiske helomvendingen. Saken handlet om en iransk kvinne som fikk asyl på grunn av sin seksuelle legning og de problemene hun ville ha dersom hun ble returnert til sitt hjemland. Hun giftet seg senere med en mann, og UDI anså ikke lengre beskyttelsesbehovet for å være tilstede.

Tingretten fant at den delen av vedtaket som handlet om opphør av flyktningstatus var gyldig, men at det var urimelig å nekte oppholdstillatelse etter utl. (1988) § 8 andre ledd, og at vedtaket i sin helhet derfor var ugyldig. Staten anket saken, og kvinnen erklærte avledet anke om den delen av tingrettsdommen som omhandlet opphør av flyktningstatus. Lagmannsretten kom til at anken skulle forkastes, fordi vilkårene for opphør av flyktningstatus ikke var oppfylte. Ettersom vilkårene etter utl. § 8 var et subsidiært spørsmål ble disse ikke vurdert. Høyesterett skulle bare vurdere om vilkårene for opphør av flyktningstatus var til stede. Den enstemmige konklusjonen var at lagmannsrettens lovtolkning var uriktig og at dommen oppheves.

Utgangspunktet om domstolens prøvingsintensitet som ble etablert i Rt. 1991 s. 586 gikk Høyesterett fullstendig bort fra i avsnitt 37. Det sies her at:

«Et tolkningsspørsmål som det foreliggende må domstolene avgjøre på selvstendig og uavhengig grunnlag, basert på gjeldende prinsipper for tolkning av traktater.»

Det vises altså til at prinsippene for tolkning av traktater er å finne i Wienkonvensjonens bestemmelser som gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett. Etter en gjennomgang av ordlyden i Flyktningkonvensjonens artikkel 1 C (5), de ulike formålene som ble trukket frem av partene, og sammenhengen mellom denne bestemmelsen og konvensjonens øvrige bestemmelser, kom Høyesterett sitt tolkningsresultat.

⁵⁷ Se punkt 1.1

I vurderingen av øvrige rettskildemomenter vises det til at:

«Ved traktattolkning vil det som følger av ordlyd og formålsbetraktninger bar unntaksvis kunne tenkes å måtte vike for andre rettskilder.»⁵⁸

Dette utgangspunktet tas med videre i vurderingen av de øvrige relevante kildene som partene har trukket frem. Uttalelser fra UNHCR om tolkningsspørsmålet blir heller ikke vektlagt ettersom de ikke direkte omhandler temaene som her ble behandlet her. Heller ikke statspraksis kunne sies å være konsekvent nok til å kunne tilsi at statens tolknings er konvensjonsstridig.

De generelle uttalelsene i avsnitt 44 og 45 om vekten av uttalelser fra UNHCR eller andre deler av FN-systemet er også interessante. En så klar bekreftelse av disse kilders vekt i en enstemmig Høyesterettsdom må antas å sette en klar presedens for fremtidige saker.

Høyesterett kom så etter en rask gjennomgang av den norske lovregelen, og dens henvisning til Flyktningkonvensjonen og uttalelser i forarbeidene, til at den norske regelen ikke er snovere enn Flyktningkonvensjonen, og at lagmannsrettens lovtolkning var uriktig.

Det ble i dommen lagt mye vekt på ordlyden i Flyktningkonvensjonen og det kan muligens diskuteres om denne er så klar og intuitiv dommen tilsier. Argumentasjonen hadde etter min mening vært mer overbevisende dersom det ble vist til tolkningsfaktorer som faktisk støtter denne forståelsen av ordlyden, og ikke kun tolkningsfaktorer som ikke strider med den. Det ble heller ikke vist til konkrete uttalelser til Flyktningkonvensjonens forarbeider i vurderingen av formålet. For eksempel omtales i Håndbokens pkt. 135 individuelle forhold indirekte. Dette gjør det vanskelig å etterprøve Høyesteretts vurderinger.

Med unntak av disse svakhetene har Høyesterett prøvd å følge folkerettslig metode til punkt og prikke.⁵⁹ Dommen viser hvordan en tolkning av Flyktningkonvensjonen bør foretas, og hvordan tolkningsresultatet skal samordnes med de nasjonale reglene og tolkningsmomentene.

Einarsen beskriver dommen som en metodisk avklaring:

«Et lengre omstridt prinsipielt spørsmål har vært hvilket metodisk utgangspunkt som gjelder ved tolkningen av de forskjellige menneskerettighetskonvensjoner som betydning i norsk asyl- og utlendingsrett. Spørsmålet synes nå å være avklart gjennom

⁵⁸ Avsnitt 43

⁵⁹ Einarsen (2015), note 115

dommen i Rt. 2010 s. 858 [...] Det samme prinsippet må formentlig gjelde også ved tolkning av andre folkerettslige regler.»⁶⁰

Dommens metodiske utgangspunkter blir i stor grad fulgt opp av Høyesterett selv, og dommen blir vist til i senere avgjørelser og en rekke underrettsavgjørelser. I plenumsdommen, kalt «Internflukt» fra 2015, gikk Høyesteretts flertall likevel tilbake til noen av utgangspunktene i Rt. 1991 s. 586.

Det var av flere grunner knyttet stor spenning til dommen inntatt i *Rt. 2015 s. 1388 P*. Den skulle behandle Høyesteretts distansering fra metodiske vurderinger gjort i to tidligere plenumsdommer, i en avdelingsdom inntatt i Rt. 2015 s. 93. Videre var det en dom som handlet om flyktningers rett til oppholdstillatelse i Norge i en periode der ankomstallene var rekordhøye.⁶¹ Det var, både fra politikere og samfunnet for øvrig, et stor press for å snevre inn regelverket slik at færre oppholdstillatelser til flyktninger skulle innvilges.

Spørsmålet i plenumsdommen var om en afghansk småbarnsfamilie kunne få avslag på sin søknad om asyl etter utl. § 28 og opphold på humanitært grunnlag etter § 38. Selv om vilkårene for innvilgelse av asyl var oppfylt, ble de henvist til internflukt, etter § 28 (5), da både UDI og UNE mente at familien kunne få effektivt vern i Kabul. Både tingretten og lagmannsretten kom til at UNEs vedtak var ugyldig, og etter at statens anke ble behandlet i avdeling, ble det avgjort at saken skulle behandles plenum. Høyesterett delte seg i fire fraksjoner, der førstvoterende og fjerdevoterende fikk med seg flertallet på å frifinne staten.

Store deler av dommen omhandler tematikk som ikke springer ut fra Flyktningkonvensjonen, men barnekonvensjonen og utl. § 28 første ledd bokstav b. Sistnevnte bestemmelse utledes av våre øvrige menneskerettslige forpliktelser. Gjennomgående blir spørsmål om Grunnloven og internasjonale forpliktelser behandlet i liten grad.

I vurderingen av barnekonvensjonens forhold til internfluktvurderingene uttaler førstvoterende følgende om betydningen av statspraksis:

«På eit område som dette, er det grunn til å leggje stor vekt på statspraksis. Noko anna vil opne for at asylsøkjjarar kan velje ut land som har ei meir liberal tolking enn andre.»⁶²

⁶⁰ Einarsen (2015), note 85

⁶¹ Tjernshaugen (2016)

⁶² Rt. 2015 s. 1388 P, avsnitt 88

Uttalelsen kan ikke sies å ha noe grunnlag i de folkerettslige tolkningsprinsippene, særlig ettersom det i setningene før vises til at statspraksis ikke er konsekvent. I vurderingen av om statspraksis skal tillegges vekt ble dermed nasjonale politiske hensyn avgjørende.

Førstvoterende ser i avsnitt 101 flg. noe på internfluktvurderingen i utl. § 28 femte ledd, en bestemmelse som bygger på Flyktningkonvensjonen. For å gjøre rede for hva som følger av konvensjonen og UNHCRs uttalelser brukes kun utlendingslovens forhistorie og forarbeidernes omtale av disse. Reglene om internflukt er regulert av Flyktningkonvensjonen, men det gjøres ingen tolkning av konvensjonens innhold utover dette. Hva gjelder UNHCRs uttalelse henvises det til FK artikkel 35 når uttalelsenes relevans vurderes.⁶³

Flyktningkonvensjonens rekkevidde vurderes også i avsnitt 122. Det vises til et forarbeid og Rt. 1991 s. 586, og det konkluderes med at det ikke kan trekkes noen slutninger fra Flyktningkonvensjonen. Selv om vurderingstemaet i denne delen av dommen er rammene for domstolens prøvingsrett, er det spesielt at man ikke sier noe særlig om endringene som har skjedd i både lovverk og særlig i praksis etter Rt. 1991 s. 586. Denne delen av votumet ble ikke tilsluttet av flertallet.

Det er også interessant at førstvoterende i spørsmålet om bevisbyrde ikke viser til Flyktningkonvensjonen, men kun en tidligere høyesterettsavgjørelse.⁶⁴ Videre sies det at Høyesterett i denne dommen kom til løsningen ut fra «det norske lovgrunnlaget i slike saker», uten at denne avgjørelsens metode kommenteres. At spørsmålet behandles kortfattet er ikke særlig overraskende, sett i lys av at hele førstvoterendes votum er preget av en lojalitet til nasjonale rettskilder og manglende anerkjennelse av folkerettens betydning. Et eksempel på denne lojaliteten er når førstvoterende i avsnitt 140 ukritisk legger utlendingsmyndighetenes terskel til grunn for når helsemessige forhold er relevante.

Annenvoterende foretar heller ingen selvstendig vurdering av hva vilkåret «urimelig» i internfluktvurderingen har å si etter flyktningkonvensjonen. På den annen side blir momenter i UNHCRs retningslinjer og landspesifikk informasjon tillagt vekt,⁶⁵ men det knyttes ingen kommentarer til hvorfor disse er relevante.⁶⁶ I avsnitt 247 vises det motsetningsvis at man skal være forsiktig med å overprøve særlig landfaglige spørsmål som UNE har god kompetanse i.

På tross av at annenvoterende kom til at det i denne saken var tale om et skjønn som domstolene kunne prøve, uttalte annenvoterende flere steder at det var grunn til å være tilbakeholden i

⁶³ Rt. 2015 s. 1388 P, avsnitt 114

⁶⁴ Rt. 2015 s. 1388 P, avsnitt 129

⁶⁵ Rt. 2015 s. 1388 P, avsnitt 253

⁶⁶ Rt. 2015 s. 1388 P, avsnitt 250

overprøvingen. Forskjellene i førstvoterendes og annenvoterendes bruk av folkerettslig metode er liten. Tredjevoterende var enig med annenvoterendes konklusjoner, med unntak av vurderingen om barnets rett til å uttale seg etter barnekonvensjonen. Fjerdevoterende var enig med førstvoterendes konklusjoner, med unntak av spørsmålet om rekkevidden av domstolens prøvingsrett. Ingen av disse nevnte flyktningkonvensjonen i sine vurderinger.

Rimelighetsvilkåret, som store deler av dommen omhandler, ble i ettertid fjernet fra utlendingsforskriften.⁶⁷ Et flertall i Stortinget mente da at det ikke foreligger et slikt krav etter Flyktningkonvensjonen, og det ble vist til at de som rammes av endringen uansett kan få oppholdstillatelse etter utl. § 38. Dette vil også ha betydning for måten dommen kan anvendes på.

Det kan videre tenkes at de metodiske valgene hadde vært annerledes om familien hadde vært konvensjonsflyktninger, og man kunne ha vist til klare forpliktelser etter folkeretten. I tillegg til dette og de metodiske problemene tilsier uttalelsene om grensen mellom politikk og jus at dommens argumentasjonsverdi bør undersøkes nærmere dersom den skal brukes av Høyesterett i fremtiden. Om dette faktisk vil gjøres er vanskelig å si.

Det er dessuten verdt å merke seg at flertallet ignorerte avdelingsdommen fra samme år og la til grunn vurderingen fra to plenumsdommer fra tre år tidligere. Dette tyder på at dersom Høyesterett skal utfordre vurderingene i denne plenumsdommen i den nærmeste fremtid må det igjen gjøres i plenumsform.

Flere av synspunktene i plenumsdommen fra 2015 ble videreført i avdelingsdommene fra 2017. Selv om Høyesterett her gikk tilbake til å anerkjenne at den folkerettslige metoden må være utgangspunktet for å tolke innholdet i Flyktningkonvensjonen, har også disse avgjørelsene betydelige metodiske mangler, og begge viser til utgangspunktene Rt. 1991 s. 586.

I *HR-2017-569-A* ble det vurdert om en asylsøknad med rette ble avslått fordi det ble ansett som mest sannsynlig at formålet med flyktingens politiske aktivitet i Norge var å opparbeide seg en oppholdsrett. Tingretten kom til at den etiopiske borgerens hovedsakelige formål med aktiviteten ikke var å oppnå oppholdsrett, men en naturlig forlengelse av aktiviteten i hjemlandet. Lagmannsretten sluttet seg til UDI og UNEs tidligere vurderinger om hovedformålet.

For Høyesterett ble det anket over feil i rettsanvendelsen og bevisvurderingen, men Høyesterett behandlet kun førstnevnte. I Flyktningkonvensjonen finnes ingen unntak fra retten til flyktningstatus der forfølgelsesgrunnen har oppstått på grunn av den enkeltes handlinger etter ankomst og hovedformålet med handlingene er å oppnå oppholdsrett. For Høyesterett var

⁶⁷ Prop. 90 L (2015-2016), Innstramninger i Utlendingsloven mv. (Innstramninger II), punkt 6.2.

spørsmålet derfor om en slik unntaksadgang i nasjonal lov er forenelig med FK art. 1 A (2), eller om loven må tolkes innskrenkende. Spørsmålet ble verken behandlet av tingretten eller lagmannsretten.

Etter en grundig gjennomgang av forholdet mellom det norske regelverket og Flyktningkonvensjonen, starter tolkningen med en sitering av den norske oversettelsen av den relevante konvensjonsbestemmelsen. Deretter vises det til tolkningsprinsippene i Wienkonvensjonens artikkel 31 og 32. Dessverre vises det ikke til artikkel 33 der betydningen av bruk av korrekt språkversjon fremheves og i den videre ordlydsfortolkningen ses det kun hen til de relevante vurderingsmomentene på norsk..

I den videre tolkningen av ordlyden ses det til et av konvensjonens formål som uttrykt i en tidligere Høyesterettsdom, konvensjonens forhistorie, en tilleggsprotokoll, juridisk teori og konvensjonens sammenheng. Disse kildene ble brukt om hverandre og det ble ikke gjort noen refleksjoner omkring disse kilders relevans eller vekt, noe som også svekker argumentasjonsverdien i denne delen av dommen.

I avsnitt 50 legges de folkerettslige tolkningsprinsippene uttrykkelig til side:

«Jeg går så over til å se på hvordan spørsmålet har vært vurdert i norsk rett tidligere, og hvordan andre stater og organer har forholdt seg til problemsstillingen. Selv om det er Wienkonvensjonens prinsipper som ligger til grunn for tolkningen, så vil tidligere forståelse av konvensjonen selvsagt være en viktig rettskilde så fremt det ikke har kommet til noe nytt.»

Det er mulig at Høyesterett med dette mente å si at de herfra vil samordne det som fremkommer av Flyktningkonvensjonen med de norske rettskildene. På den annen side er både statspraksis og Håndboken relevante ved tolkningen av Flyktningkonvensjonens innhold, og disse behandles senere i dommen.

Vurderingen av kildene som nevnes i avsnitt 50 begynner med en gjennomgang av innholdet i Rt. 1991 s. 586. Det sies at dommen fortsatt er relevant, med mindre det er gjort endringer som gjør at tolkningen av Flyktningkonvensjonen ikke kan opprettholdes. Deretter gjennomgås lovendringer, vurderinger i forarbeider og EUs tolkning av Flyktningkonvensjonen. Alle disse kildene tillegges vekt, uten en vurdering av om de er relevante etter Wienkonvensjonen. Ankepartens henvisning til statspraksis og rettspraksis fra andre land tillegges derimot begrenset verdi fordi den viser stor variasjon, jf. Wienkonvensjonens artikkel 31 nr. 3 b.⁶⁸ I

⁶⁸ HR-2017-569-A, avsnitt 61

vurderingen av Håndbokens relevans vises det til Rt. 1991 s. 586, som i flere etterfølgende høyesterettsavgjørelser er gått bort fra.

Før Høyesterett gjør sin endelige konklusjon ses det på et skriftlig innlegg fra UNHCR om tolkningen av konvensjonens forpliktelser. Særlig interessant er at det her er snakk om en etterspurt uttalelse som er tilpasset sakens faktum og område. Konklusjonen er at uttalelsen ikke anses for å ha tilstrekkelig vekt for å kunne veie opp for alle de andre kildene som taler i motsatt retning. Det vises også til at lovgiver var klar over UNHCRs syn da bestemmelsen ble videreført i den nye utlendingsloven, og lovgiverviljen gis her avgjørende vekt.

Avslutningsvis blir reelle hensyn fremhevet som støtte for tolkningen i tråd med statens syn. Relevansen av slike nasjonale hensyn som moment i tolkningen av konvensjonen ble, ikke særlig overraskende, heller ikke vurdert.

Avgjørelsen er beheftet ved et betydelig antall feil etter den folkerettslige metodelæren. Rekefølgen på vurderingene og kildebruk gjør det vanskelig å se hvor tolkningen av konvensjonen begynner og harmoniseringen med de norske reglene slutter. Vurderingene preges sterkt av lojaliteten til lovgivers vurderinger og ønsker, og mye av tankegodset i Rt. 1991 s. 586 legges også i denne dommen ukritisk til grunn. På den annen side er det vanskelig å ignorere at dette er en relativt ny, enstemmig høyesterettsdom som bekrefter forståelsen av en tidligere høyesterettsdom.

Liknende metode ble brukt i *HR-2017-2078-A*. Sju flyktninger fikk avslag på søknad om reisebevis fordi utlendingsmyndighetene mente at det var sannsynlighetsovervekt for at deres identitet var uriktig. Retten til reisebevis utledes av Flyktningskonvensjonen art. 28, og kan ikke nektes utstedt til flyktninger med mindre «*compelling reasons of national security or public order otherwise require*». Både Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett konkluderte med at Flyktningskonvensjonen ikke tillater at en slik generell identitetstvil automatisk utgjør «*compelling reasons*». Det må foretas en konkret vurdering av hver søker.

Staten ved Utlendingsnemnda anket tre av de sju sakene inn for Høyesterett. Flertallet ga staten medhold i at FK art. 28 ikke står i veien for å nekte utstedelse av reisebevis der det er mest sannsynlig at søkeren oppgir uriktig identitet. En slik tvil ville alltid utgjøre slike grunner som FK krever. Deretter vurderte førstvoterende den subsidiære anførselen om at flyktningenes identitet uansett er sannsynliggjort. For den ene utlendingen anså førstvoterende at det forelå sannsynlighetsovervekt for at riktig identitet var oppgitt, og vedtaket om nektelse av reisebevis ble kjent ugyldig. Annenvoterende var på den annen side enig med lagmannsretten i deres forståelse av unntaksadgangen i FK art. 28.

I tolkningen av konvensjonsbestemmelsen viser førstvoterende til utgangspunktene for tolkning av flyktningkonvensjonen etter Wienkonvensjonen og det konstateres at ordlyden står sentralt. Det vises så til at retningslinjer fra UNHCR, forarbeidene til konvensjonen og juridisk teori taler for en forståelse av ordlyden som tilsier at det skal mye til for å nekte å utstede flyktninger reisebevis. Det knyttes ingen kommentarer til relevansen eller vekten av disse kildene.

Gjennomgående gjøres dessuten sammenlikninger mellom ordlyden i de norske bestemmelsene og forpliktelsene etter flyktningkonvensjonen. Dette gjør det vanskelig å vite hvor tolkningen av konvensjonen slutter. Et eksempel hvor dette blir særlig problematisk er når førstvoterende vurderer konkret om identitetstvil faller inn under unntaket i konvensjonen. Her brukes passloven og dennes forarbeider, og det legges stor vekt på uttalelser omkring formålet med å utstede pass. Disse kildene er irrelevante for fastsettelsen av innholdet i flyktningkonvensjonen, men er likevel de eneste som brukes før det konkluderes med at identitetstvil gir grunnlag for å nekte utstedelse av reisebevis.

Etter konklusjonen i avsnitt 79 gis det likevel en gjennomgang av diverse dokumenter som sier noe om hvor viktig det er at identitetsdokumenter er til å stole på. Gjennomgangen etterlater et inntrykk av å være en slags rettferdiggjøring av de konsekvensene domsresultatet vil få for flyktningene som må fortsette å leve uten reisedokumenter, i stedet for at de knyttes til rettslige skranker. Vurderingen er gjennomgående preget av noe politiske overveielser, som ikke uten videre er relevante i tolkningen av konvensjoner.

Det som svekker dommens argumentasjonsverdi ytterligere er betraktninger som fremkommer av dissensen, særlig avsnitt 128:

«Førstvoterende peker på at siden reisebeviset skal tre i stedet for pass, er det rimelig å ta som utgangspunkt at det er et vilkår at søkeren godtgjør sin identitet, jf. passloven § 3. Det mener jeg man må være forsiktig med. Internasjonale konvensjoner er autonome. Bakgrunnen for ordningen med reisebevis er flyktningenes unike situasjon. Ikke bare er de forhindret fra å søke hjemlandet om pass, de mangler ofte dokumenter, og det kan være vanskelig å fremskaffe dokumenter som har tilstrekkelig notoritet.»

At den dissenterende dommer påpeker de metodiske problemene med førstvoterendes votum så direkte vil gjøre det enklere å angripe både denne delen av dommen og de øvrige metodiske problemene i fremtidige saker.

De siste prejudikatene er fra 2018. Det er ingen henvisninger til Rt. 1991 s. 586 eller plenumsdommen fra 2015 i disse, men i den første avgjørelsen er det betydelige feil ved bruken av folkerettslig metode.

HR-2018-572-A handlet om en mor og datter fra Afghanistan som fikk tilbakekalt sin flyktningsstatus og mistet sine oppholdstillatelser. Begrunnelsen var at moren ble gjenforent med sin samboer og at det dermed ville være trygt for familien å returnere til hjemlandet. Samboerens søknad om asyl ble også avslått. Familien reiste sak for tingretten, som kom til at vedtakene var ugyldige. Staten anket avgjørelsen til lagmannsretten, som forkastet anken. For Høyesterett var spørsmålet om lagmannsretten hadde lagt til grunn riktig lovforståelse. Høyesterett kom til at utlendingsmyndighetene burde ha vurdert om endringene i hjemlandet var vesentlige og stabile, og at utl. § 37 (1) bokstav e ikke krever at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering. Statens anke ble dermed forkastet.

Av relevante rettskilder etter folkerettslig metode legges UNHCRs anbefalinger til grunn. På den annen side brukes uttalelser fra en tidligere høyesterettsdom for å finne frem til konvensjonens formål. Den samme dommen legges til grunn for fastsettelsen av innholdet i et av vilkårene etter konvensjonen, uten at den nasjonale dommens argumentasjonsverdi blir vurdert. Fastsettelsen av innholdet i utlendingsloven § 37 og Flyktningkonvensjonen artikkel 1 C nr. 5 gjøres sammen. Videre brukes den nasjonale bestemmelsens ordlyd konsekvent, i stedet for å sitere direkte fra konvensjonen på et av de autoritative språkene. Avslutningsvis legges det vekt på EU-domstolens tolkning av den tilsvarende bestemmelsen i et direktiv. Med andre ord er dommen beheftet ved en rekke metodiske svakheter.

Den andre dommen fra 2018 er *HR-2018-846-A*. En Afghansk borger fikk avslag på asyl og innreiseforbud fordi han ikke forlot landet etter å ha fått endelig avslag. Han kom tilbake til Norge for å søke asyl igjen og brøt dermed innreiseforbudet. På veien tilbake til Norge oppholdt han seg omtrent en måned i Østerrike.

Både tingretten og et flertall i lagmannsretten kom til at handlingen ikke var straffefri etter Flyktningkonvensjonen art. 31 nr. 1. Flyktningen anket dommen til Høyesterett fordi han mente at lagmannsrettens rettsanvendelse var uriktig. For Høyesterett var spørsmålet om flyktningen har kommet «direkte» fra et område hvor hans liv eller frihet var truet, slik at han ikke kan straffes for brudd på innreiseforbudet til Norge. Et enstemmig Høyesterett kom til at flyktningen ikke kom til Norge direkte.

Tolkningen av flyktningkonvensjonen i denne dommen gjøres i all hovedsak i samsvar med de folkerettslige tolkningsprinsippene som fremkommer av Wienkonvensjonen, selv om denne konvensjonen ikke nevnes. Det som kan utledes av ordlyden i flyktningkonvensjonens bestemmelse, i lys av konvensjonens formål og kontekst, blir utledet. Dessverre brukes den norske oversettelsen av ordlyden. Høyesterett finner dessuten støtte for sine vurderinger i UNHCRs retningslinjer, men uten å vise til hvorfor denne kilden er relevant eller hvor mye vekt

den bør tillegges. Senere i dommen tillegges uttalelser fra UNHCR ingen vekt, denne gangen fordi man er uenig i hva formålet med konvensjonen var.

Rettskildene som ikke blir vektlagt er samlet opp i ett avsnitt. Det ble ikke gjort en uttrykkelig distinksjon mellom disse kilders relevans eller vekt etter de folkerettslige tolkningsprinsippene. På den annen side blir det viet en ekstra kommentar til konvensjonens forarbeider, som er en av primærkildene for å finne frem til konvensjonens formål.

De hyppige henvisningene til Rt. 2010 s. 858 i den første dommen fra 2018, og de metodiske likhetene til Rt. 2010 s. 858 i den andre dommen fra 2018, viser at Høyesterett muligens er på vei tilbake til å legge folkerettslige metodeprinsipper til grunn i sine vurderinger.

4.3 Særlige problemstillinger

4.3.1 Statens skjønnsmargin og domstolens prøvingsrett

Et spørsmål som ble aktualisert i flere avgjørelser er spørsmålet om hvorvidt medlemsstatene har en viss skjønnsmargin ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen. Læren om en statlig skjønnsmargin er anvendt ved EMDs tolkning av EMK, men ikke av FNs menneskerettskomite. Hva gjelder ICJ har spørsmålet blitt aktualisert i flere avgjørelser, uten at domstolen har konkludert med at dette er en lære som skal gjelde for all traktattolkning.⁶⁹

Det kan heller ikke for norsk retts vedkommende sies at spørsmålet ikke er endelig avgjort av Høyesterett. Spørsmålet kom først opp i Rt. 1991 s. 586. Høyesterett la her til grunn at konvensjonen kun har et fast kjerneområde, og at stater utenfor dette kjerneområdet kan tolke konvensjonen fritt. I Rt. 2010 s. 858 ble dette tilsynelatende gått bort fra.⁷⁰ Likevel har Høyesterett både i plenumsdommen fra 2015 og HR-2017-569-A henvist til utgangspunktene i avgjørelsen fra 1991.⁷¹

Sistnevnte avgjørelse er blitt kritisert fordi argumentasjonen som ble lagt til grunn for å statuere en skjønnsmargin ikke har folkerettslig forankring. Etter Wienkonvensjonen er statspraksis kun en relevant kilde under visse nærmere angitte omstendigheter.⁷² Et avvik fra dette vil underminere ideen om at folkeretten er forpliktende og være folkerettslig systemstridig. Dette støttes av ordlydens betydning etter Wienkonvensjonen og prinsippet om tolkning i god tro, jf.

⁶⁹ Shany (2005), s. 939

⁷⁰ Avsnitt 37

⁷¹ Avsnitt 38

⁷² Se pkt. 2.1

artikkel 31 punkt 1 og artikkel 26. Prinsippet om traktaters autonomi er dessuten uomtvistet i ICJ-praksis⁷³, noe også den dissenterende dommer viste til i HR-2017-2078-A⁷⁴.

Dersom utgangspunktet om at traktater er autonome skal fravikes må det foreligge klare holddepunkter for dette i den relevante konvensjonen.⁷⁵ Det er vanskelig å legitimere en lære som gir stater tolkningsrom etter Flyktningkonvensjonen, ettersom det ikke er adgang til å reservere seg mot konvensjonens absolutte bestemmelser, jf. konvensjonens artikkel 42. I forarbeider til FK art. 1 forutsettes dessuten et autonomt folkerettslig flyktningbegrep med et definerbart innhold som skulle være bindende for samtlige stater. Dette ble vedtatt etter et forslag fra Canada om at stater selv skal bestemme hvem som er flyktninger, noe som endte i mye kritikk og at Canada trakk forslaget tilbake.⁷⁶

Min konklusjon er at medlemsstatene trolig ikke har en skjønnsmargin ved tolkningen av Flyktningkonvensjonens innhold, og særlig ikke ved tolkningen av rettighetene som det ikke var mulig å reservere seg mot. Det neste spørsmålet er hvordan dette knytter seg til de nasjonale domstolenes prøvingsrett, hva som kan kontrolleres av Høykommissæren⁷⁷ og hvordan ICJ i en mulig sak vil måtte forholde seg til medlemsstatenes tolkninger.

Høykommissæren og ICJs mulighet til å overprøve norske myndigheter eller domstolers tolkning kan ikke sies å være begrenset av en tanke om nasjonal skjønnsmargin. I saker der Høyesterett konkluderer med at staten har en skjønnsmargin har konsekvensen vært at de ikke tillegger Høykommissærens mening om norske myndigheters tolkning vekt. Dette ble eksemplifisert i både Rt. 1991 s. 586, Rt. 2015 s. 1388 P og begge dommene fra 2017.⁷⁸

Hva gjelder nasjonale domstolers overprøving av vedtak som omhandler rettigheter etter Flyktningkonvensjonen, er det ingen hjemmelsgrunnlag som tilsier annet enn full prøvingsrett, dersom dette er i samsvar med de forvaltningsrettslige utgangspunktene. Den generelle retten til overprøving av forvaltningens beslutninger fulgte tidligere av den konstitusjonelle sedvaneretten,⁷⁹ og er senere kodifisert i Grunnloven § 89. I rettspraksis er det utviklet noen grenser for domstolskontrollen, men grensene for øvrig avhenger av en tolkning av hjemmelsgrunnlaget.

⁷³ Einarsen (2000), s. 62

⁷⁴ Avsnitt 128

⁷⁵ Belgium v. Spain

⁷⁶ Weis (1990), s. 27

⁷⁷ FK art. 35

⁷⁸ Vedlegg 6

⁷⁹ Eckhoff og Smith (2018), s 519

Etter en gradvis utvikling fra det tilbakeholdne utgangspunktet i Rt. 1991 s. 586, ble det i Rt. 2015 s. 1388 P konkludert med at Høyesterett i prinsippet kan overprøve den skjønnsmessige vurderingen fullt ut. Det var stor uenighet blant dommerne og spørsmålet ble avgjort med en stemmes flertall. For øvrig har Høyesterett i vurderingen av asylsaker utviklet en selvpålagt tilbakeholdenhet med å overprøve informasjon som Utlendingsnemnda sies å ha særskilt kunnskap om,⁸⁰ for eksempel landinformasjon.

Utgangspunktet i Rt. 1991 s. 586 om at domstolene må vises tilbakeholdenhet ved overprøving av forvaltningens tolkning av Flyktningkonvensjonen utenfor kjerneområdet er fraveket. Det er likevel sannsynlig at spørsmålet vil bli aktualisert, noe den sterke uenigheten i plenumsdommen muliggjør. Ifølge Smith vil en slik tilbakeholdenhet ikke tilføre særlig mye annet enn usikkerhet om hva som kan oppnås ved å gå til domstolene.⁸¹

4.3.2 Gir Flyktningkonvensjonen subjektive rettigheter?

Høyesterettspraksis viser en generell tilbakeholdenhet med å utlede subjektive rettigheter fra Flyktningkonvensjonen, også etter konvensjonens mest sentrale bestemmelser.

I Rt. 1991 s. 586 ble det lagt til grunn at Flyktningkonvensjonen ikke gir subjektive rettigheter til flyktningene.⁸² Etter den gamle utlendingsloven ble det lagt til grunn at spørsmålet om flyktningstatus etter konvensjonens artikkel 1 var underordnet spørsmålet om vern mot retur etter artikkel 33.⁸³ Denne sammenkoblingen ble fraveket i forarbeidene til 2008-loven,⁸⁴ og det ble i flere Høyesterettsavgjørelser lagt til grunn at Wienkonvensjonens tolkningsprinsipper må være styrende for tolkning av Flyktningkonvensjonen⁸⁵.

Av nyere rettspraksis finner man på den ene side Rt. 2015 s. 1388 P,⁸⁶ der det ble sagt at Flyktningkonvensjonen ikke gir subjektiv rett på asyl, og det ble henvist til Rt. 1991 s. 586 som grunnlag. HR-2017-569-A synes å finne at konvensjonens flyktningdefinisjon har et materielt innhold som identifiseres gjennom anvendelse av folkerettslig metode, men den viser samtidig til Rt. 2015 s 1388 P.

⁸⁰ Rt. 2015 s. 1388 P, avsnitt 247; Rt. 2011 s. 1481, avsnitt 49

⁸¹ Eckhoff og Smith (2018), s. 529

⁸² s. 589-590

⁸³ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 103

⁸⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 73; Innst. O nr. 42 (2007-2008) s. 18

⁸⁵ HR-2017-569-A avsn. 44; HR-2017-2078-A avsn. 66-68; Rt. 2012 s. 494 avsn. 33; Rt. 2010 s. 858 avsn. 37

⁸⁶ Avsnitt 122

I HR-2017-2078-A sies det på den annen side flere steder at retten til reisebevis kan utledes av Flyktningkonvensjonen artikkel 28. I HR-2018-846-A ble det lagt til grunn at Flyktningkonvensjonen er ratifisert og konvensjonens artikkel 31 gis derfor direkte betydning for når norske myndigheter kan straffe flyktninger. I denne saken gis staten ingen skjønnsmargin, på tross av at saken handler om en bestemmelse i konvensjonen som faller utenfor «kjerneområdet» fra Rt. 1991 s. 586.

Det er dermed en viss sammenheng mellom sakene der staten anses for å ha skjønnsmargin og saker der man ikke anerkjenner at konvensjonen gir subjektive rettigheter. Det gjøres videre ikke et klart skille mellom retten til anerkjennelse som flyktning og retten til oppholdstillatelse som følge av anerkjennelsen.

Etter FNs verdenserklæring om menneskerettighetene (1948) artikkel 14 er retten til å søke og nyte asyl en menneskerett. Regelen måtte gis et juridisk forpliktende innhold for statene, noe Flyktningkonvensjonen skulle oppnå. Hva en rett til asyl etter Verdenserklæringen betyr er enda ikke avklart, men det er en forskjell mellom dette og retten til anerkjennelse som flyktning etter Flyktningkonvensjonen. Flyktningkonvensjonens formål og forhistorie tilsier at man er en flyktning på tross av at man ikke enda er formelt anerkjent som dette.

Etter Flyktningkonvensjonen kan man bli vernet mot retur etter nærmere vilkår i artikkel 33, men ordlyden i konvensjonen gir ingen like klar indikasjon på om retten til anerkjennelse som flyktning også innebærer en varig oppholdsrett. Ser man til rettighetsmenyen i artikkel 3 til 33, taler konvensjonens system og lojalitetsgrunnsetningen klart for at konvensjonen skal forstås slik at den gir flyktninger subjektive rettigheter.

For norsk retts vedkommende er dette skillet eliminert ved at alle som oppfyller vilkårene i Flyktningkonvensjonen artikkel 1 A også har et rettskrav på en oppholdstillatelse, jf. utl. § 28. Dette forutsetter at en har rett til flyktningstatus og asyl fra det tidspunktet der vilkårene for dette er oppfylt. Å legge til grunn at Flyktningkonvensjonen ikke gir flyktninger subjektive rettigheter harmonerer dårlig også med utlendingslovens system. Utl. § 3 og GrL. § 92 taler som tolkningsmomenter også for at det skal legges til grunn at konvensjonen gir flyktninger subjektive rettigheter.

I avgjørelsene der det ble konkludert med at konvensjonen ikke gir flyktningen subjektive rettigheter har dette blitt brukt som et moment i vurderingen av om staten har en skjønnsmargin i vurderinger etter Flyktningkonvensjonen. Den manglende distinksjonen av retten til anerkjennelse som flyktning etter konvensjonen og retten til oppholdstillatelse i den nasjonale loven har vært en del av problemet. Jeg er tidligere kommet til at det ikke kan innfortolkes en skjønnsmargin ved tolkningen av konvensjonen. Dermed kan heller ikke synet på om

Flyktningkonvensjonen gir subjektive rettigheter brukes som et argument for å tolke konvensjonen innskrenkende. Det er de folkerettslige tolkningsprinsipper som må være avgjørende for dette.

4.3.3 Skal Flyktningkonvensjonen tolkes dynamisk?

En ytterligere problemstilling som kom opp i analysen av blant annet Rt. 2012 s. 494 var spørsmålet om Flyktningkonvensjonen skal tolkes dynamisk. Saken handlet om en irakisk borger som fikk avslag på asyl fordi det ikke var sannsynliggjort at han hadde blitt utsatt for reaksjoner av det tidligere regimet i Irak og hans seksuelle legning ble ikke lagt til grunn fordi hans troverdighet var svekket. Anførsler om reaksjoner fra det tidligere regimet ble frafalt for rettene.

Høyesterett kom, i motsetning til lagmannsretten, frem til at det ikke skal legges til grunn at en asylsøker ville legge sin legning skjult i hjemlandet, og at en som er homofil som ønsker å være åpen om sin seksuelle legning i et hjemland hvor dette fører til forfølgelse, har krav på beskyttelse. Høyesterett kom videre til at hvis en velger å holde dette hemmelig av frykt for forfølgelse, har man også krav på beskyttelse. Det samme gjelder hvis man velger å holde det hemmelig av sammensatte grunner, så lenge frykt for forfølgelse er en sentral grunn. Lagmannsretten hadde ikke tatt stilling til hva som var grunnen for at han ønsket å holde sin legning skjult i hjemlandet, og dommen ble derfor opphevet.

Det er mye interessant å si om de metodiske valgene i denne dommen, både positivt og negativt. Utgangspunktet for tolkningen av Flyktningkonvensjonen var prinsippene som fremkommer av Wienkonvensjonen.⁸⁷ Det er videre positivt av man bruker konvensjonsteksten på et av de autoritative språkene, altså engelsk. Ordlyden og konvensjonens formål brukes gjennomgående som et autoritativt tolkningsmoment. Når Høyesterett bruker statspraksis, så knyttes det dessuten kommentarer til når statspraksis skal tillegges vekt,⁸⁸ og disse kommentarene samstemmer med de folkerettslige tolkningsprinsippene.

Dessverre finnes støtte for egen forståelse av ordlyden i nasjonale kilder og UNHCRs retningslinjer, statspraksis fra utvalgte stater, et EU-direktiv og nasjonal juridisk teori, uten å si noe om disse kilders relevans eller vekt.

⁸⁷ Rt. 2012 s. 494, avsnitt 33

⁸⁸ Rt. 2012 s. 494, avsnitt 43

Det er også kritikkverdig at førstvoterende oppstiller et utgangspunkt for når statspraksis er relevant, uten å følge dette.⁸⁹ Grunnen til dette er at det legges til grunn at konvensjonen skal tolkes dynamisk, uten en prinsipiell drøftelse av dette valget som hadde belyst de metodiske konsekvensene. Uttalelsen i avsnitt 56 viser på en god måte hvordan man prøver å overholde de folkerettslige tolkningsprinsippene, og samtidig hensynta nasjonale hensyn som i tidligere avgjørelser var ansett for å være relevant.

I HR-2017-569-A inntok Høyesterett et annet syn, og sa at det er lite rom for dynamisk tolkning av konvensjonen, igjen uten en drøftelse av problematikken.⁹⁰ Spørsmålet er etter dette om Flyktningkonvensjonen faktisk skal tolkes dynamisk eller ikke.

ICJ fastslo i *Costa Rica v. Nicaragua* (2009), avsnitt 66, at

«where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty had been entered into for a very long period or is of continuing duration, the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning».

Det pretenderes med andre ord at de kontraherende parter forutsetter dynamisk fortolkning der det velges en generisk ordlyd. Flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2) inneholder en rekke slike vage uttrykk.

Flyktningkonvensjonen er tradisjonelt kjent som en minimumskonvensjon som setter grenser som medlemsstatene må holde seg innenfor. Så lenge medlemsstatene overholder minimumsforpliktelsene etter Flyktningkonvensjonen står de fritt til å gi flyktninger et større vern, jf. artikkel 5. Behovet for utviklende tolkning er større for konvensjoner som søker å harmonere rettstilstanden i medlemslandene fremfor å innføre minimumsstandarder.

I fortalen til Flyktningkonvensjonen anerkjenner de kontraherende parter at en tilfredsstillende løsning av det økende asylproblemet ikke kan løses uten internasjonalt samarbeid, samt at statene skal gjøre det de kan for å forhindre «spent forhold statene imellom». Uttalelsen i forarbeidene kan forsås slik at statene var enige om å strekke seg etter en harmonisk forståelse, av i alle fall minimumsrettighetene. Dette bekreftes av at det ble vedtatt et autonomt flyktningbegrep.⁹¹

⁸⁹ Rt. 2012 s. 494, avsnitt 51 og 56

⁹⁰ HR-2017-569-A, avsnitt 44

⁹¹ Håndboken, art. 37

Prosedyrer for overholdelse av plikter etter konvensjonen er ikke nevnt i konvensjonen noe sted, og de enkelte staters prosessuelle praksiser varierer. Etter lojalitetsgrunnsetningen må stater likevel pålegges prosessuelle plikter som følge av ratifiseringen av en konvensjon som gir individer rettigheter. Videre fungerer Flyktningdefinisjonen i artikkel 1 A (2) som en garanti for effektivt vern, fordi stater ikke kunne reservere seg mot denne. Å gi konvensjonspartene tolkningsrom vil dermed stride med formålet, som er å sikre grunnleggende rettigheter gjennom et felles innhold. Dynamisk tolkning for å utfylle de vage uttrykkene og de manglende prosessuelle retningslinjene kan brukes som er verktøy for å sikre konvensjonens formål. Slik tolkning skal altså ikke innskrenke rettigheter, men sikre at rettighetene gir effektiv beskyttelse.

I Håndbokens forord (s. 9) sies det videre at Flyktningkonvensjonen har vist seg å være et «*living and dynamic instrument*». Dette bekreftes ved at Håndboken er blitt utgitt en rekke ganger, i tråd med rettsutviklingen. Flyktningkonvensjonen var et ledd i arbeidet med styrking av menneskerettigheter, og det er klart at på menneskerettsområdet har statene akseptert en felles målsetning.

Samlet sett kan det med rimelighet antas at en dynamisk tolkning av Flyktningkonvensjonen hadde blitt ansett for å være den rette også av ICJ.⁹²

4.3.4 Nasjonale hensyn

Einarsen argumenterer for at det er adgang til å tillegge reelle hensyn betydning i rettsanvendelsen.⁹³ Dette fordi man må foreta en korrekt fortolkning av traktaten i lys av det partene mente å forplikte seg til, og samtidig sørge for realisering av de sentrale bestemmelsene i konvensjonen på en måte som fremmer traktatens formål effektivt i lys av dennes formål. Han viser likevel til at dersom man anvender de relevante kilder så grundig som mulig, vil det være lite behov for å la slike hensyn være bærende elementer i tolkningen.

De reelle hensynene som beskrives av Einarsen er hensyn som taler for styrking av individets rettigheter, slik også EMD bruker i tolkningen av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. Det min analyse har vist er at Høyesterett en rekke ganger har tillagt nasjonale hensyn vekt, på en måte som innskrenker rettssubjektets vern etter konvensjonen.⁹⁴

⁹² Om dynamisk tolkning som alminnelig del av folkerettslig metode, se Bjørge (2012)

⁹³ Einarsen (2010) s. 56

⁹⁴ Vedlegg 10

Dette ble gjort i dommene der det ble lagt til grunn at staten har en skjønnsmargin ved tolkningen av konvensjonsforpliktelsene. Det ble for eksempel i Rt. 1991 s. 586 vist til at en annen forståelse av bestemmelsen ville påvirke tilstrømmingen av flyktninger,⁹⁵ og i plenumsdommen fra 2015 brukes nasjonale hensyn som en grunn til å innskrenke rekkevidden av domstolsprøvingen.⁹⁶ I HR-2017-569-A brukes et helt avsnitt på gjennomgang av de nasjonale hensynene som etter rettens syn gjør seg gjeldende.⁹⁷ I HR-2017-2078-A argumenteres det med at norske reisedokumenter vil miste sin troverdighet dersom de utstedes i tilfeller som nevnt i saken.⁹⁸

Å tillate at nasjonale hensyn får betydning i tolkningen på denne måten, innebærer en aksept av uriktig konvensjonstolkning. I Rt. 2000 s. 996 (Bøhlerdommen) ble det fastslått at norske domstoler kun kan tillegge nasjonale hensyn vekt i sin tolkning dersom dette er innenfor rammen av den metode som anvendes av EMD. De metodiske utgangspunktene som gjelder for Flyktningkonvensjonen taler for at det kun i ivaretagelsen av konvensjonens formål vil være akseptabelt å tillegge reelle hensyn vekt.

Det kan med rimelighet legges til grunn at lovgiver ved vedtakelsen av utl. § 3 og GrL § 92 oppfordret domstolene til å overprøve forvaltningens vurderinger og å sikre at de folkerettslige forpliktelser etter sitt rette innhold får gjennomslagskraft i norsk rett. Det vil derfor stride med lovgivers forutsetninger å tillegge nasjonale hensyn vekt i tolkningen av de folkerettslige forpliktelsene. For Flyktningkonvensjonens vedkommende er bruk av nasjonale hensyn som tolkningsfaktor et rettssikkerhetsproblem som kun Høyesterett kan løse.

4.3.5 Betydningen av lovgivers forståelse

I nesten halvparten av de analyserte høyesterettsdommene ble det vist til nasjonale lovforarbeider og vurderingene i disse ble lagt nærmest ukritisk til grunn. Utgangspunktet i Rt. 1991 s. 586 om kjerneteorien har ført til en rekke uriktige tolkninger av Flyktningkonvensjonen. Etter at den nye utlendingsloven trådte i kraft i 2008 skulle en tro at dette var noe det ble slutt på.

I HR-2017-569-A avsnitt 55 sies likevel følgende:

«Av forarbeidene får det frem at forholdet til flyktningkonvensjonen ikke ble diskutert, jf. Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) kap. 5.5.6. Lovgiver må altså ha ment at misbruksbestemmelsen ikke var i strid med folkeretten. Det fremgår videre at regelen var

⁹⁵ Rt. 1991 s. 586, s. 592

⁹⁶ Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 115

⁹⁷ HR-2017-569-A, avsnitt 69

⁹⁸ HR-2017-2078-A, avsnitt 90

overveid og ønsket fra lovgivers side. Bestemmelsen reiser heller ikke tolkningstvil. Dette har betydning ved anvendelsen av forrangsbestemmelsen, jf. Høyesteretts dom i HR-2017-241-A avsnitt 17.»

Spørsmålet er dermed hvilken betydning det har i søken etter gjeldende rett at lovgiver tidligere har lagt til grunn at en nasjonal regel er i samsvar med Flyktningkonvensjonen, og loven på tross av mulig motstrid kan sies å være overveid og ønsket?

Dersom man følger henvisningsrekken fra det siterte avsnittet (til HR-2017-241-A, avsnitt 17), vil man finne at uttalelser i sistnevnte dom bygger på utgangspunktene i Rt. 1997 s. 580. Det ble i Rt. 1997 s. 580 lagt til grunn at norske myndigheter står fritt til å velge om de ønsker å følge opp de internasjonale forpliktelsene og i slike tilfeller vil en klar lovgivervilje uttrykt i lovforarbeidene være utslagsgivende. Dette ble tilsidesatt i plenumsdommen i HR-2016-2554-P,⁹⁹ der det blant annet ble sagt at Grl. § 92 må «forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett», og at man ikke kunne fravike EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten uten at det foreligger gode og tungtveiende grunner for dette.

At Høyesterett i HR-2017-569-A går tilbake til utgangspunktene som stammer fra Rt. 1997 s. 580, uten en nærmere vurdering av plenumsdommen fra året før, er interessant. Dette særlig ettersom fire av høyesterettsne i HR-2017-569-A deltok plenumsdommen fra 2016. Det vises særlig til at tre av disse stemte for mindretallets syn.

Spørsmålet er etter mitt syn klart. Dersom lovgiver uriktig pretenderer at loven er i samsvar med de folkerettslige forpliktelsene, kan ikke lovforarbeider tillegges vekt, uansett hvor klar eller ønsket en regel er. Det samme må sies om tilfeller der forholdet til den folkerettslige forpliktelsen ikke er drøftet. Dette fordi utlendingsloven § 3 er en klar og ønsket rettsikkerhetsgaranti, og dennes forarbeider viser at lovgiver i slike tilfeller ønsket at den norske regelen skulle tolkes i samsvar med, eller i motstridstilfeller vike for den folkerettslige forpliktelsen. Grunnloven § 92 taler for den samme løsningen.

Forøvrig følger av den folkerettslige metoden at staters forståelse ikke kan tillegges rettskildemessig vekt utover argumentasjonsverdien, med mindre den samlede praksisen viser en enighet om forståelsen, jf. Wienkonvensjonen art. 31. Å likestille folkerettslige tolkningsmomenter med nasjonale rettskilder er kritikkverdig og kan føre til uriktige tolkningsresultater.

⁹⁹ Avsnitt 70

4.3.6 UNHCRs rolle og betydning

Flyktningkonvensjonens tilsynsorgan, UNHCR, er gitt myndighet til å føre tilsyn med at statene oppfyller sine forpliktelser.¹⁰⁰ Uttalelser og anbefalinger fra organet er ikke bindende for statene, men kan beskrive forpliktelser disse har etter konvensjonen. Disse uttalelsene/anbefalingene kan være alt fra landrapporter som tar for seg flyktnings situasjonen i spesifikke land, de kan si noe om innholdet i konvensjonsbestemmelsene og hvordan disse skal tolkes. UNHCR kan også gi partsuttalelser i forbindelse med konkrete saker som verserer for de nasjonale domstolene. Organet utarbeider også en «håndbok» for forståelsen av flyktningdefinisjonen, som skal gi veiledning til tjenestemenn som jobber med fastleggelsen av flyktningstatus i enkeltsaker.¹⁰¹

Det metodiske utgangspunktet må være at uttalelser om forståelsen av konvensjonens innhold fra konvensjonens tilsynsorgan har rettskildemessig relevans, jf. Wienkonvensjonen art. 26, jf. Flyktningkonvensjonen art. 35. De kan dessuten anses for å være «*supplementary means of interpretation*» etter Wienkonvensjonen art. 32.¹⁰² I en vurdering av om det konkrete dokumentet skal tillegges vekt må det også ses hen til hvilken stilling organet som uttaler seg har etter 1951-konvensjonen, og om organet selv har funnet fram til konvensjonens innhold i samsvar med Wienkonvensjonens regler. Er norske myndigheter uenige i UNHCRs uttalelser må de anvende de samme tolkningsreglene og vise at tolkningen ikke er korrekt, jf. kravet om «god tro».

I 2010 vurderte ICJ uttalelser fra FN's menneskerettighetskomité i Diallo-saken, og konkluderte med at det må tillegges:

«great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty».¹⁰³

Den internasjonale domstolen anså en slik forståelse som nødvendig for å sikre de berørtes rettssikkerhet og for å sikre rettsenhet.¹⁰⁴ De samme hensynene taler for at UNHCRs uttalelser bør tillegges stor vekt.

I en tredjedel av analysens høyesterettsdommer blir det anerkjent at slike kilder skal tillegges rettskildemessig vekt, og de brukes i tolkningen.¹⁰⁵ I en annen tredjedel blir de enten ikke

¹⁰⁰ FK art. 35; utl. § 98

¹⁰¹ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 73

¹⁰² Einarsen (2000), s. 71

¹⁰³ Guinea vs. Kongo, se pkt. 66.

¹⁰⁴ Ulfstein (2014), s. 302

¹⁰⁵ Vedlegg 6

anerkjent som relevant, eller anerkjent som relevant, men de blir av ulike grunner ikke tillagt vekt. I den siste tredjedelen blir ikke kilder fra UNHCR nevnt. Med andre ord brukes disse kildene av Høyesterett i en overaskende begrenset grad.

Resultatene i analysen viser samlet sett at Høyesterett har vært uklar og til tider uttalt seg motstridende angående disse kildenes vekt. Det er dessuten en klar sammenheng mellom dommene der uttalelser fra UNHCR ikke tillegges vekt og de med svak bruk av folkerettslig metode. Ofte foretas det ikke en god vurdering av om kilden er relevant og hvor mye vekt den bør tillegges. Når kilden ikke tillegges vekt fremheves det at den ikke er rettslig bindende, uten at det tas hensyn til at kun et fåtall rettskilder faktisk er rettslig bindende i folkeretten.

Tolkningsuttalelser fra UNHCR karakteriseres som «*soft law*», men har vist seg å spille en viktig rolle i avklaringen av Flyktningkonvensjonens innhold. Håndboken for prosedyrer og kriterier ved vurderingen av flyktningstatus er den mest sentrale kilden, og står på grunn av dens faglige innhold og Høykommissærens stilling i flyktningretten i en særstilling. Håndboken suppleres også av mer detaljerte tolkningsuttalelser som omhandler mer avgrensede problemstillinger, som for eksempel 13 ulike «*UNHCR Guidelines on International Protection*» (heretter UNHCRs Guidelines).

Einarsen argumenterer for at tolkningsutsagn fra Håndboken bør tillegges større vekt enn andre supplerende tolkningsmomenter etter Wienkonvensjonen art. 32, ettersom Høykommissæren for Flyktningkonvensjonens er det nærmeste man kommer et håndhevingsorgan.¹⁰⁶ Lovgiver forutsatte videre at «UNHCRs anbefalinger skal veie tungt ved norske myndigheters tolkning av flyktningkonvensjonen».¹⁰⁷ Her nevnes for øvrig både Håndboken og UNHCRs Guidelines som kilder norske myndigheter i utgangspunktet skal legge stor vekt på.

Uttalelser i Håndboken tillegges også av Høyesterett adskillig vekt, se f.eks. Rt. 2012 s. 139, avsnitt 50. I Rt. 2010 s. 858 la retten til grunn at kilden generelt bør tillegges vekt, men uttalelsene var for dette konkrete tilfellet ikke relevante.

Dommen satte dessverre ingen presedens for hvilke vurderinger Høyesterett bør ta når slike kilder skal anvendes. I plenumsdommen fra 2015 ble det sagt at uttalelser fra UNHCR er av «rettleiende og opplysende karakter».¹⁰⁸ Sammenliknet med de tydelige signalene Høyesterett har gitt tidligere har gitt om at slike uttalelser skal tillegges adskillelig vekt, virker Høyesterett

¹⁰⁶ Einarsen (2000), s. 75

¹⁰⁷ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007), s. 73

¹⁰⁸ Rt. 2015 s. 1388 P, avsnitt 114

i denne saken mer tilbakeholden. Høyesterett stiller her stiller et spørsmålstegn ved automatikken i at slike kilder skal anses for å være relevante.

Enda mer oppsiktsvekkende er måten en uttalelse fra UNHCR i HR-2017-569-A legges bort i en setning.¹⁰⁹ Dette til fordel for at den norske regelen skal samsvare med EUs statusdirektiv som Norge ikke er bundet av. Dette spenningsforholdet mellom EU-retten og Flyktningkonvensjonen kommenteres ikke nærmere i dommen. Verdt å merke seg er at det i denne dommen eksplisitt ble bedt om en partsuttalelse fra UNHCR. I HR-2017-2078-A var UNHCR partshjelper, men heller ikke her ble UNHCRs syn vektlagt.

Dommene fra 2015 og 2017 gir muligens uttrykk for en tilsiktet endring i vektleggingen av uttalelser fra Høykommissæren, selv om ikke dette sies uttrykkelig. Denne problemstillingen har en politisk side, ettersom den berører statssuvereniteten og staters selvbestemmelsesrett. Uansett bør spørsmålet om en uttalelse skal tillegges vekt skje etter en konkret vurdering. Kriterier for når uttalelser fra slike organer skal tillegges vekt finnes i Rt. 2009 s. 1261 og Rt. 2015 s. 193.

Det foreligger ikke empirisk grunnlag for å si at denne nye uttrykte skepsisen til uttalelser fra UNHCR har hatt en innvirkning på Høyesterett, men tiden vil vise om dette er tilfellet. Dommen fra 2018 tyder på at svaret på dette er nei.¹¹⁰

4.3.7 Bruk av EU-rettslige kilder

At EU-rettslige kilder i stigende grad har hatt innflytelse på den norske juridiske metoden er ikke noe nytt.¹¹¹ Andenæs, blant andre, viser til at EU-retten har en enda større innflytelse på rettsområder der det ikke finnes overordnede håndhevelsesorganer, som i tolkningen av Flyktningkonvensjonen.¹¹²

I Rt. 2012 s. 139 og Rt. 2012 s. 494 ble et EU-direktiv brukt som et eksempel på hvordan de europeiske statene fortolker bestemmelsen¹¹³. I HR-2017-569-A og HR-2018-572-A ble EUs forståelse lagt til grunn som en selvstendig rettskilde. Særlig oppsiktsvekkende er at Høyesterett i den sistnevnte dommen la EU-domstolens forståelse av Flyktningkonvensjonen til grunn, fremfor Høykommissærens.

¹⁰⁹ Avsnitt 56 flg.

¹¹⁰ HR-2018-572-A, avsnitt 41; HR-2018-846-A, avsnitt 21

¹¹¹ Cordero-Moss (2014)

¹¹² Andenæs, Kravik og Bjørge (2015)

¹¹³ i hhv. Avsnitt 47 og avsnitt 50

Bruken av EU-rettslige kilder er ikke problematisk i seg selv, men blir problematisk når visse forutsetninger for bruken ikke avklares. For det første må kilden anses for å være folkerettslig relevante, som beskrevet i kapittel 2. For at EU-rettslige kilder (som direktiver, EU-domstolens avgjørelser o.l.) skal være relevante etter Wienkonvensjonen artikkel 31 punkt 3, litra c, må samtlige stater som har ratifisert Flyktningkonvensjonen være bundet av direktivet. Dette vil aldri være tilfellet for EU-regelverket. EU-kilder kan derfor i beste fall være subsidiære rettskilder etter Wienkonvensjonen artikkel 32. For å avgjøre dennes vekt må kilden så tolkes, og som et minimum må Høyesterett kontrollere at EU har fortolket Flyktningkonvensjonen i samsvar med prinsippene i Wienkonvensjonen.¹¹⁴

Einarsen argumenterer for at rettsoppfatninger fra blant annet EU har mindre rettskildemessig vekt enn FN-resolusjoner.¹¹⁵ Han advarer mot «harmoniserte justeringer» av flyktningbegrepet som i realiteten innebærer en kollektiv traktatreservasjon, i strid med Flyktningkonvensjonen artikkel 41. EUs praksis kan være et verktøy for sikring av en enhetlig praksis, men kan ikke innskrenke de autonome begrepene som følger av konvensjonen. EU-direktivene som skal sikre at minstekrav er oppfylt kan heller ikke brukes som et argument for at konvensjonsforpliktelser tolkes innskrenkende. På den annen side kan de EØS-rettslige forpliktelsene i større grad sikre at Norge i det minste overholder EUs forståelse av kravene etter Flyktningkonvensjonen.

5 Konklusjoner

5.1 Rekkefølgen

Det er klart at Høyesterett som oftest følger den tradisjonelle «Eckhoffianske» metode som sier at internasjonale kilder skal inngå i den alminnelige relevans og slutningsprosessen. På denne måten vil kilden kunne føre til et av flere tolkningsresultater. Videre skal innholdet i den internasjonale regelen kun fastlegges der dette er nødvendig for harmoniseringen av tolkningsresultatet. Som et resultat av denne sammenslåingen har en av de største utfordringene ved analysen vært å sortere argumenter som omhandlet tolkning av den nasjonale regelen og tolkning av Flyktningkonvensjonens innhold.

Arnesen og Stenvik¹¹⁶ argumenterer for at Høyesteretts rekkefølge i tolkning av internasjonal rett kan være avgjørende for at Høyesteretts mest sentrale funksjoner kan oppfylles, som er å bidra til rettsavklaring og rettsutvikling. Våre folkerettslige forpliktelser stammer fra reglene

¹¹⁴ Dörr (2012), s. 581

¹¹⁵ Einarsen (2000), s. 73

¹¹⁶ Arnesen og Stenvik (2015), s. 71

vi er folkerettslig bundet av. Når norske rettsregler skal fastsettes kan ikke de folkerettslige faktorene ha betydning, men kun den ferdig tolkede folkerettslige regelen. Samtidig vil nasjonale rettskildefaktorer ikke ha plass i en tolkning av folkerettens innhold. Dersom man ikke først finner ut av hva den folkerettslige forpliktelsen innebærer, kan man heller ikke vite hvilken betydning den vil ha i samspill med de norske rettskildefaktorene.

Mye taler for at en slik rekkefølge er å foretrekke,¹¹⁷ men etter min mening er ikke rekkefølgen et like stort problem som manglende distinksjon mellom tolkningen av den internasjonale og nasjonale regelen. Analysen har vist tilfeller det Høyesterett tar hensyn til norske verdioppfatninger (reelle hensyn) og lovgivers forståelse av den internasjonale regelen i tolkningen av konvensjonen. Andre ganger har man hoppet over fastsettelsen av den norske regelen og gått direkte til tolkning av den folkerettslige regelen. Dette har gjort det vanskelig å vite hva Høyesterett mener at den folkerettslige regelen faktisk innebærer, samt å kunne gjøre en vurdering av bruken av de ulike rettskildene i tolkning av de respektive reglene.

For det første vil en klar distinksjon gjøre det enklere å finne den materielt riktige forståelsen av konvensjonen, og vi vil overholde våre folkerettslige forpliktelser i størst mulig grad. For det andre vil Høyesterettsavgjørelser være de eneste forbildene for lagmannsrettene, tingrettene og forvaltningen i tolkningen av Flyktningkonvensjonen. Premissene bør derfor utformes slik at det er klart for disse hvilke kilder som er relevante for tolkning av folkerettslige og nasjonale regler. Rekkefølgen blir da trolig ikke like avgjørende som Arnesen og Stenvik argumenterer for.

5.2 Prejudikaters verdi

Flyktningkonvensjonen inneholder ingen prosessuelle regler for stater, og det forutsettes at nasjonale systemer skal ivareta flyktingenes rettigheter. Høyesterett er følgelig siste rettsinstans for prøving av saker etter konvensjonen, og metoden som brukes for å fastlegge gjeldende rett blir normerende for andre rettsanvendere.¹¹⁸ Høyesterettsavgjørelser kan kategoriseres som «*judicial decisions*» etter ICJ-statuttene artikkel 38. De vil generelt ha mer vekt enn underdomstolers avgjørelser, men ikke mer enn deres argumentasjonsverdi ut fra den folkerettslige argumentasjonen.¹¹⁹

Med andre ord avhenger høyesterettsdommers vekt av hvor godt folkerettslig metode er anvendt ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen. En følge av dette er at Høyesterett må

¹¹⁷ Denne teorien har blitt møtt med kritikk fra fagmiljøet, se bla. Boe (2014) s. 391

¹¹⁸ Skoghøy (2014) s. 164

¹¹⁹ Einarsen (2000) s. 70

vurdere argumentasjonsverdien i egne avgjørelser, før de kan tillegge disse vekt i tolkningen av konvensjonen. Analysen har vist at Høyesterett i 13 av 16 avgjørelser har sett tilbake til egne avgjørelser, og kun i 2 av disse ble avgjørelsens relevans og vekt vurdert. Det er videre i analysens innledende del vist til at det kun forelå dissenser i dommer der staten vant frem og der det forelå betydelige mangler ved anvendelsen av folkerettslig metode. Hensynet til flyktingenes rettssikkerhet taler dermed også for at Høyesterett må være mer konsekvente i kontrollen av sine tidligere avgjørelser.

Jeg har gjennomgått prejudikatlæren i punkt 1.3, men spørsmålet er om den samme læren bør gjelde når Høyesterett tolker folkerettslige regler. Graver argumenterer for at prejudikatlæren i slike tilfeller må fravikes, og at hensynet til autoritet, rettsenhet og prosessøkonomi taler for en slik løsning.¹²⁰ Høyesterett har dessuten selv vært inkonsekvent i hvor strengt man har fulgt den tradisjonelle rettskildelæren.¹²¹ Manglende bevissthet omkring bruk av folkerettslig metode,¹²² samt begrenset kontroll av tidligere avgjørelser, taler for det samme synet som Graver argumenterer for.

Et annet spørsmål er hvordan lagmannsrettene og tingrettene skal forholde seg til prejudikater der det ikke er anvendt folkerettslig metode i fortolkningen av den folkerettslige regelen, eller der forholdet til den folkerettslige regelen ikke blir behandlet i det hele tatt. Vil det da være fritt frem for disse å se bort fra prejudikatene, så lenge de selv begrunner sitt tolkningsresultat i folkeretten slik den burde ha blitt forstått?

I HR-2016-2554-P og HR-2018-456-P uttalte Høyesterett at Grl. § 92 oppstiller et krav til domstolene og forvaltningen til å håndheve menneskerettighetene på det nivået de er gjennomført i norsk rett.¹²³ Med andre ord krever Grunnloven at også lagmannsrettene, tingrettene, Utlendingsnemnda og Utlendingsdirektoratet må tolke rettsregler som inkorporerer Flyktningkonvensjonen ut fra folkerettslig metode.¹²⁴ Prejudikatlæren er uansett ikke en lovfestet regel og kan ikke stå i veien for oppfyllelse av et krav etter Grunnloven. Dette er noe Høyesterett må forholde seg til i eventuelle saker der lagmannsretten fatter en beslutning som strider med et prejudikat, og begrunnelsen er manglende eller mangelfull tolkning av den folkerettslige regelen.¹²⁵

¹²⁰ Graver (2002), s. 281

¹²¹ Sml. hvor mye vekt plenumsdommer tillegges i Rt. 2015 s. 1388 P og HR-2017-569-A.

¹²² F.eks. HR-2017-569-A, avsnitt 50

¹²³ I hhv. Avsnitt 70 og avsnitt 93

¹²⁴ Skoghøy (2018) s. 90

¹²⁵ Se Lilleholt (2016) for diskusjonen om når prejudikater kan fravikes

5.3 Rettssosiologiske og rettspolitiske betraktninger

Analysen viser at Høyesteretts anvendelse av folkerettslig metode ofte avviker fra den metode som det i teorien antas at er den rette. Den har vist hvilke typer avvik som oftest forekommer og hvilke diskusjoner som påvirker bruken av folkerettslig metode. Avgjørende for de metodiske valgene er dommernes eget syn på hva forholdet mellom de internasjonale forpliktelsene og den norske retten er. I Rt. 1991 s. 586 vant overbevisningen om at staten har en skjønsmargin i tolkningen av konvensjonen utenfor dennes kjerneområde og at domstolene skulle være tilbakeholdne med å overprøve lovforståelsen utenfor dette området. Dette utgangspunktet hadde en sterk innflytelse på hvilke rettskilder som ble ansett for å være relevante, og dannet grunnlag for andre diskusjoner som på samme måte kunne innskrenke Flyktningkonvensjonens betydning i den nasjonale retten.

Etterhvert som Høyesterett gikk bort fra disse utgangspunktene, ble bruken av folkerettslig metode gradvis skjerpet, med et høydepunkt i avdelingsdommen fra 2010. Utskeielsen i 2015 og 2017 er likevel store tilbakefall i den positive utviklingen mot korrekt tolkning av konvensjonen. Også der man innrømmer at Wienkonvensjonens tolkningsprinsipper er avgjørende og at domstolen har full prøvingsrett er det en viss tilbakeholdenhet til å bruke de folkerettslige tolkningsprinsippene og å overprøve forvaltningens vurderinger.

Tidspunktet for når de mer konservative holdningene til konvensjonens betydning fikk gjennomslag sammenfaller med perioder der ankomst av flyktninger var på sitt høyeste. Einarsen argumenterer for at de respektive dommerne i Rt. 1991 s. 586 avgjorde betydningen av Håndboken ut fra deres syn på hva resultatet i saken bør være.¹²⁶ Dette fordrer spørsmålet om faktorer utenfor dommernes forståelse av gjeldende rett kan ha hatt betydning for resultatet i sakene.

Opinionsklimaet endret seg både på slutten av 80-tallet og omkring 2015 dramatisk og over korte tidsperioder. Stemmene som talte for innstramninger i utlendingsregelverket ropte høyt, noe som også fikk politisk gjennomslag. Det er ikke urimelig å anta at slike «moralske panikker» og oppfordringer for innstramninger fra sentrale politikere på tvers av politiske partier kan ha en innvirkning på dommere.¹²⁷ Mathisen påpeker også at politiske holdninger og dommernes yrkesbakgrunn kan få betydning for resultatet i ulike saker.¹²⁸ På et polariserende felt som asylretten, kan det nok antas at slike faktorer, bevisst eller ubevisst, hadde en innvirkning på dommernes syn.

¹²⁶ Einarsen (2000), s. 74

¹²⁷ Mathisen (2011) s. 154 flg.

¹²⁸ Mathisen (2011), s. 152-153

En annen utfordring er mangelen av et håndhevingsorgan som både kan overvåke stater og overprøve de nasjonale domstolenes vurderinger. Der slike organer finnes har Høyesterett i stor grad fulgt dennes metode og materielle vurderinger. Flyktningkonvensjonen er preget av mange avveininger av motstridende interesser, som skal håndheves av nasjonale myndigheter. Fravær av effektiv kontroll med statene gjør det enklere for de tunge nasjonale hensynene å få gjennomslag, også for domstolen. Dette fører ofte til at den nasjonale praksisen blir mindre gunstig enn traktatens normative substans tilsier og korrigerer viser seg å være svært vanskelig.

Av betydning er også det kompliserte rettskildet bildet, som konsekvens av de særegne måtene medlemstatene har gjennomført konvensjonsforpliktelsene på. Resultatforpliktelser er vanlig på menneskerettsfeltet. Ikke nok med at de internasjonale kilders omfang på feltet er enormt, oppstiller konvensjonene også særegne metodiske og materielle forpliktelser som må gjennomføres internrettslig. De mange holdepunktene i de ulike rettskildene på ulike nivåer gir Høyesterett en stor frihet til å velge hvilke tolkningsfaktorer man velger og ikke velger å ta hensyn til.

Spørsmålet er hvordan dette skal forenes med den tradisjonelle metodelæren dommere har blitt trent opp til å anvende. Det er bekymringsverdig at det innad i Høyesterett er så stor uenighet omkring både forståelsen av Flyktningkonvensjonens forhold til norsk rett og dennes innhold. Den tradisjonelle juridiske metode gir mye rom for ulike løsningsmuligheter som alle kan fremstå som faglig forsvarlige, men når presset for at restriktiv tolkning skal anvendes er stort, skinner behovet for klare metodiske retningslinjer frem.¹²⁹

Askeland argumenterer for at Eckhoffs rettskildelære i stor grad var basert på Høyesteretts metode, men at det nasjonale rettskildet bildet har endret seg betydelig fra hvordan det var for 30 år siden.¹³⁰ Den jordnære og pragmatiske tradisjonelle modellen med de syv rettskildefaktorene¹³¹ passer dårlig når de nasjonale og internasjonale tolkningsfaktorene skal tolkes og avveies i ett. Analysen har vist at det finnes et behov for å undersøke de metodiske sidene ved Høyesteretts tolkning av Flyktningkonvensjonen nærmere. For at våre internasjonale forpliktelser skal overholdes er det essensielt at Høyesterett ikke kun respekterer de bindende avgjørelsene fra internasjonale domstoler, men også samhandler med ikke-bindende organer på en konstruktiv måte i sin tolkning av internasjonale forpliktelser.¹³²

¹²⁹ Einarsen (2000), s. 60

¹³⁰ Askeland (2018)

¹³¹ Eckhoff (2001), s. 23

¹³² Ulfstein (2014), s. 306

For at fremtidens jurister på en riktig måte skal kunne fortolke folkerettslige regler trenger de en metodisk kompetanse som er basert på folkerettslige kilder, og ikke måten Høyesterett fortolker folkerettslige kilder. Rettskildelæren må frigjøres fra de tradisjonelle nasjonale rammene, og løftes opp på et nivå som på en mer helhetlig måte viser hvordan de internasjonale kildene virker inn på den nasjonale retten. Jurister må i større grad læres opp i å kunne identifisere de særegne metodiske utgangspunktene enhver internasjonal forpliktelse medbringer, særlig der Eckhoffs virkemidler kommer til kort.

6 Vedlegg

Vedlegg 1: Anvendelse av folkerettslig metode

År	Referanse	Anerkjenner folkerettslig metode som utgangspunkt, og følger den	Anerkjenner folkerettslig metode som utgangspunkt, og følger den til en viss grad	Sier ingenting om folkerettslig metode, men anvender den noe	Sier ingenting om folkerettslig metode, og anvender det lite eller ikke	Anerkjenner folkerettslig metode som utgangspunkt, men anvender det svært lite eller ikke i det hele tatt
1991	Rt. 1991 s. 586 A				X	
1993	Rt. 1993 s. 1591 K					X
1995	Rt. 1995 s. 1218 A			X		
2000	Rt. 2000 s. 1900 K				X	
2010	Rt. 2010 s. 801 U			X		
	Rt. 2010 s. 858 A	X				
2011	Rt. 2011 s. 1481 A				X	
2012	Rt. 2012 s. 139 A		X			
	Rt. 2012 s. 494 A		X			
2014	Rt. 2014 s. 645 A			X		
2015	Rt. 2015 s. 1388 P				X	
2017	HR-2017-569-A					X
	HR-2017-2078-A					X
2018	HR-2018-572-A		X			
	HR-2018-846-A	X				
2019	HR-2019-1204-U				X	

Vedlegg 2: Resultater

År	Referanse	Vedtak gyldig/ domfellelse	Vedtak ugyldig/ frifinnelse	Dissens	Ikke dissens
1991	Rt. 1991 s. 586 A	X		X	
1993	Rt. 1993 s. 1591 K	X			X
1995	Rt. 1995 s. 1218 A		X		X
2000	Rt. 2000 s. 1900 K		X		X
2010	Rt. 2010 s. 801 U	X			X
	Rt. 2010 s. 858 A	X			X
2011	Rt. 2011 s. 1481 A	X			X
2012	Rt. 2012 s. 139 A	X			X
	Rt. 2012 s. 494 A		X		X
2014	Rt. 2014 s. 645 A		X		X
2015	Rt. 2015 s. 1388 P	X		X	
2017	HR-2017-569-A	X			X
	HR-2017-2078-A	X*		X	
2018	HR-2018-572-A		X		X
	HR-2018-846-A	X			X
2019	HR-2019-1204-U		X		X

* Staten fikk medhold i den primære anførselen om lovforståelsen, men for den ene utledningen førte den subsidiære anførselen om sannsynliggjort identitet frem.

Vedlegg 3: Statens skjønnsmargin

År	Referanse	Staten har skjønnsmargin i tolkningen	Staten har ikke skjønnsmargin i tolkningen	Dommen sier ingenting om spørsmålet
1991	Rt. 1991 s. 586 A	X		
1993	Rt. 1993 s. 1591 K	X		
1995	Rt. 1995 s. 1218 A	X		
2000	Rt. 2000 s. 1900 K			X
2010	Rt. 2010 s. 801 U			X
	Rt. 2010 s. 858 A		X	
2011	Rt. 2011 s. 1481 A			X
2012	Rt. 2012 s. 139 A		X	
	Rt. 2012 s. 494 A		X	
2014	Rt. 2014 s. 645 A		X	
2015	Rt. 2015 s. 1388 P	X		
2017	HR-2017-569-A	X		
	HR-2017-2078-A			X
2018	HR-2018-572-A			X
	HR-2018-846-A		X	
2019	HR-2019-1204-U			X

Vedlegg 4: Dynamisk tolkning

År	Referanse	Konvensjonen skal tolkes dynamisk	Konvensjonen skal ikke tolkes dynamisk	Dommen sier ingenting om spørsmålet
1991	Rt. 1991 s. 586 A			X
1993	Rt. 1993 s. 1591 K			X
1995	Rt. 1995 s. 1218 A			X
2000	Rt. 2000 s. 1900 K			X
2010	Rt. 2010 s. 801 U			X
	Rt. 2010 s. 858 A			X
2011	Rt. 2011 s. 1481 A			X
2012	Rt. 2012 s. 139 A			X
	Rt. 2012 s. 494 A	X		
2014	Rt. 2014 s. 645 A			X
2015	Rt. 2015 s. 1388 P			X
2017	HR-2017-569-A		X	
	HR-2017-2078-A			X
2018	HR-2018-572-A			X
	HR-2018-846-A			X
2019	HR-2019-1204-U			X

Vedlegg 5: Lovgivers forståelse

År	Referanse	Legger lovgivers forståelse til grunn med liten eller ingen drøftelse av relevans	Legger ikke lovgivers forståelse til grunn uten nærmere drøftelse av relevans
1991	Rt. 1991 s. 586 A	X	
1993	Rt. 1993 s. 1591 K	X	
1995	Rt. 1995 s. 1218 A		X
2000	Rt. 2000 s. 1900 K	X	
2010	Rt. 2010 s. 801 U	X	
	Rt. 2010 s. 858 A		X
2011	Rt. 2011 s. 1481 A	X	
2012	Rt. 2012 s. 139 A		X
	Rt. 2012 s. 494 A		X
2014	Rt. 2014 s. 645 A		X
2015	Rt. 2015 s. 1388 P	X	
2017	HR-2017-569-A	X	
	HR-2017-2078-A		X
2018	HR-2018-572-A		X
	HR-2018-846-A		X
2019	HR-2019-1204-U		X

Vedlegg 6: Bruk av kilder fra UNHCR

År	Referanse	Anerkjenner ikke UN-HCR-kilder som relevante	Anerkjenner UNHCR-kilde som relevant, men tillegger det liten eller ingen vekt	Anerkjenner UNHCR-kilde som relevant, og tillegger det en viss vekt	UNHCR-kilder nevnes ikke
1991	Rt. 1991 s. 586 A	X			
1993	Rt. 1993 s. 1591 K				X
1995	Rt. 1995 s. 1218 A				X
2000	Rt. 2000 s. 1900 K				X
2010	Rt. 2010 s. 801 U				X
	Rt. 2010 s. 858 A		X		
2011	Rt. 2011 s. 1481 A				X
2012	Rt. 2012 s. 139 A			X	
	Rt. 2012 s. 494 A			X	
2014	Rt. 2014 s. 645 A			X	
2015	Rt. 2015 s. 1388 P		X		
2017	HR-2017-569-A	X			
	HR-2017-2078-A		X		
2018	HR-2018-572-A			X	
	HR-2018-846-A			X	
2019	HR-2019-1204-U				X

Vedlegg 7: Bruk av kilder fra EU-retten

År	Referanse	Bruker kilder fra EU-retten i tolkning av konvensjonen	Bruker ikke kilder fra EU-retten i tolkning av konvensjonen
1991	Rt. 1991 s. 586 A		X
1993	Rt. 1993 s. 1591 K		X
1995	Rt. 1995 s. 1218 A		X
2000	Rt. 2000 s. 1900 K		X
2010	Rt. 2010 s. 801 U		X
	Rt. 2010 s. 858 A		X
2011	Rt. 2011 s. 1481 A		X
2012	Rt. 2012 s. 139 A	X	
	Rt. 2012 s. 494 A	X	
2014	Rt. 2014 s. 645 A		X
2015	Rt. 2015 s. 1388 P		X
2017	HR-2017-569-A	X	
	HR-2017-2078-A		X
2018	HR-2018-572-A	X	
	HR-2018-846-A		X
2019	HR-2019-1204-U		X

Vedlegg 8: Bruk av tidligere høyesterettsavgjørelser

År	Referanse	Legger ikke uttalelser fra tidligere høyesterettsavgjørelse til grunn	Viser til tidligere høyesterettsavgjørelser, men vurderer deres relevans og vekt	Legger tidligere høyesterettsavgjørelse til grunn uten nærmere vurdering
1991	Rt. 1991 s. 586 A			X
1993	Rt. 1993 s. 1591 K			X
1995	Rt. 1995 s. 1218 A			X
2000	Rt. 2000 s. 1900 K	X		
2010	Rt. 2010 s. 801 U			X
	Rt. 2010 s. 858 A		X	
2011	Rt. 2011 s. 1481 A			X
2012	Rt. 2012 s. 139 A			X
	Rt. 2012 s. 494 A	X		
2014	Rt. 2014 s. 645 A		X	
2015	Rt. 2015 s. 1388 P			X
2017	HR-2017-569-A			X
	HR-2017-2078-A			X
2018	HR-2018-572-A			X
	HR-2018-846-A	X		
2019	HR-2019-1204-U			X

Vedlegg 9: Gir Flyktningkonvensjonen subjektive rettigheter?

År	Referanse	Nei	Ja	Dommen sier ingenting om problemstillingen
1991	Rt. 1991 s. 586 A	X		
1993	Rt. 1993 s. 1591 K	X		
1995	Rt. 1995 s. 1218 A	X		
2000	Rt. 2000 s. 1900 K	X		
2010	Rt. 2010 s. 801 U	X		
	Rt. 2010 s. 858 A		X	
2011	Rt. 2011 s. 1481 A			X
2012	Rt. 2012 s. 139 A		X	
	Rt. 2012 s. 494 A		X	
2014	Rt. 2014 s. 645 A			X
2015	Rt. 2015 s. 1388 P	X		
2017	HR-2017-569-A	X		
	HR-2017-2078-A		X	
2018	HR-2018-572-A			X
	HR-2018-846-A		X	
2019	HR-2019-1204-U		X	

Vedlegg 10: Bruk av nasjonale hensyn

År	Referanse	Nasjonale hensyn tillegges vekt	Nasjonale hensyn tillegges ikke vekt
1991	Rt. 1991 s. 586 A	X	
1993	Rt. 1993 s. 1591 K		X
1995	Rt. 1995 s. 1218 A		X
2000	Rt. 2000 s. 1900 K		X
2010	Rt. 2010 s. 801 U		X
	Rt. 2010 s. 858 A		X
2011	Rt. 2011 s. 1481 A		X
2012	Rt. 2012 s. 139 A		X
	Rt. 2012 s. 494 A		X
2014	Rt. 2014 s. 645 A		X
2015	Rt. 2015 s. 1388 P	X	
2017	HR-2017-569-A	X	
	HR-2017-2078-A	X	
2018	HR-2018-572-A		X
	HR-2018-846-A		X
2019	HR-2019-1204-U		X

Litteraturliste

Internasjonale rettskilder

Traktater

Flyktningskonvensjonen (1933)	League of nations, Convention Relating to the International Status of Refugees, 28. oktober 1933
ICJ-statuttene	Statute of the International Court of Justice, San Francisco 26. juni 1945
FNs verdenserklæring om menneskerettigheter	The Universal Declaration of Human Rights, Paris 20.12.1948
EMK	The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 4. november 1950
Flyktningskonvensjonen (1951)	Convention Relating to the Status of Refugees, Genève 28. juli 1951
Statusdirektivet	Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted
Tilleggsprotokollen	Protocol Relating to the Status of Refugees, New York 31. januar 1967
UNCHR-statuttene	General assembly resolution 428 (V) of 14 december 1950 – Statute of the office of the united nations high commissioner for refugees
Wienkonvensjonen	The Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23. mai 1969

Rettsavgjørelser

ICJ

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania	Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) International Court of Justice, Judgement 09. april 1949.
Belgium v. Spain	Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) International Court of Justice, Judgement 05. februar 1970.
Guinea-Bissau v. Senegal	Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal) International Court of Justice, Judgement 12. november 1991.
Islamic republic of Iran v. United States of America	Oil Platforms (Islamic republic of Iran v. United States of America) International Court of Justice, Preliminary Objection 16. Desember 1993.
Libyan Arab Jamahiriya v. Chad	Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad) International Court of Justice, Judgement 03. februar 1994.
Hungary v. Slovakia	Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) International Court of Justice, Judgement 25. september 1997.
Serbia and Montenegro v. Belgium	Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium) International Court of Justice, Judgement 15. desember 2004.
Costa Rica v. Nicaragua	Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), International Court of Justice, Judgment, 13. juli 2009.
Argentina v. Uruguay	Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), International Court of Justice, Judgment, 20. april 2010.

Guinea v. Kongo

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), International Court of Justice, Judgment, 30. november 2010.

Uttalelser og anbefalinger

UNCHR (1979). Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees [Håndboken] [<https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>] hentet 21.05.2020

UNCHR (2015). States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol [<https://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html>] hentet 21.05.2020

UNHCR (2016). Observations on the proposed amendments to the Norwegian Immigration Act and Regulation: Høring - endringer i utlendingslovgivningen (Innstramninger II) [[https://www.regjeringen.no/contentassets/4da4984e3d0e4088aa7824a254c0d436/unhcr.pdf?uid=United_Nations_High_Commissioner_for_Refugees_\(UNHCR\)](https://www.regjeringen.no/contentassets/4da4984e3d0e4088aa7824a254c0d436/unhcr.pdf?uid=United_Nations_High_Commissioner_for_Refugees_(UNHCR))] hentet 21.05.2020

UNHCR (2018). Global trends – forced displacement in 2018 [<https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5d08d7ee7/unhcr-global-trends-2018.html>] hentet 21.05.2020

Norske rettskilder

Lover og forskrifter

- | | |
|------|--|
| 1814 | Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 |
| 1975 | Forskrift 10.01.1957 nr. 4 Forskrift om innvandringsstopp |
| 1988 | Lov 24.06.1988 nr. 64 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) [gammel utlendingslov] |
| 1997 | Lov 19.06.1997 nr. 82 Lov om pass (passloven) |
| 2008 | Lov 15.05.2008 nr. 35 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) |
| 2009 | Forskrift 15.10.2009 nr. 1286 Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) |

2016 Lov 17.06.2016 nr. 58 Lov om endringer i utlendingsloven mv. (Innstramminger II)

Forarbeider

- Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
- Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
- Prop. 90 L (2015–2016) Endringer i utlendingsloven mv. (Innstramminger II).
- Innst. O. nr. 42 (2007-2008) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Rettsavgjørelser

- | | |
|------------------|--------------------|
| | Rt. 2012 s. 139 |
| Rt. 1991 s. 586 | Rt. 2012 s. 494 |
| Rt. 1993 s. 1591 | Rt. 2014 s. 645 |
| Rt. 1995 s. 1218 | Rt. 2015 s. 93 |
| Rt. 1997 s. 580 | Rt. 2015 s. 193 |
| Rt. 2000 s. 996 | Rt. 2015 s. 1388 P |
| Rt. 2000 s. 1811 | HR-2016-2554-P |
| Rt. 2000 s. 1900 | HR-2017-241-A |
| Rt. 2005 s. 833 | HR-2017-569-A |
| Rt. 2007 s. 234 | HR-2017-2078-A |
| Rt. 2009 s. 1261 | HR-2018-456-P |
| Rt. 2010 s. 801 | HR-2018-572-A |
| Rt. 2010 s. 858 | HR-2018-846-A |
| Rt. 2011 s. 1481 | HR-2019-1204-U |

Juridisk litteratur

Andenæs, Mads H. *Rettskildelære*, 2. utgave. Oslo: M. H. Andenæs, 2009

Andenæs, Mads H, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge. «Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin» i *Lov og Rett* (2015), nr. 54, s. 261-278

Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2015.

Askeland, Bjarte. «Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999-2018» i *Lov og Rett* (2014), nr. 9, s. 519-536.

Bjørge, Eirik. «Dynamisk tolkning i den generelle folkeretten» i *Lov og rett* (2012), nr. 2, s. 104-122.

Boe, Erik Magnus. *Rettskildelære under debatt*. Oslo: Universitetsforlaget. 2012

Cordero-Moss, Guiditta. «EØS-rettens indirekte betydning for norsk juridisk metode» i *Lov og Rett* (2014), nr. 8, s. 502-505.

Dörr, Oliver og Kristen Schmalenbach. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A commentary*. Berlin: Springer Berlin Heidelberg, 2012

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.

Einarsen, Terje. *Retten til vern som flyktning – Med hovedvekt på FNs flyktningbegrep – de historiske traktatforutsetninger og gjeldende rett*, Bergen: Cicero Publisher, 2000.

Einarsen, Terje. «Kommentar til Utlendingsloven» i *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata*, 2015, hentet 21.05.2020

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press. 1983

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Oxford University Press. 1996

Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law: 2: Asylum, entry and sojourn*. Leyden: Sijthoff. 1972

Graver, Hans Petter. «Dømmer Høyesterett i siste instans?» i *Jussens venner* (2002), nr. 04-05, s. 263-281.

Lilleholt, Kåre. «Kven kan fråvike høgsterettsavgjerder?», *Lov og rett* (2016), nr. 8, s. 517-519.

Mathiesen, Thomas. *Retten i samfunnet – En innføring i retts sosiologi*. Oslo: Pax forlag, 2011

Pellet, Alain. «Part Three Statute of the International Court of Justice, Ch. II Competence of the court, article 38» i *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. Andreas Zimmermann mfl. 2. utg. Oxford: Oxford University press, 2012. s. 733-870

Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2014.

Shany, Yuval. «Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?» i *The European Journal of International Law* (2005) Vol. 16 nr. 5, s. 907-940

Skoghøy, Jens Eivind A. «Den nødvendige dissens» i *Jussens venner* (2014) vol. 49, s. 162-183.

Skoghøy, Jens Eivind A. *Rett og rettsanvendelse*, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.

Ulfstein, Geir. «Towards an International Human Rights Judiciary?» i *International Law and Changing Perceptions of Security*, s. 296-306, Brill Online E-books, 2014. DOI: 10.1163/9789004274587_018

Vevstad, Vigdis (red). *Utlendingsloven kommentarutgave*, Oslo: Universitetsforlaget, 2010.

Weis, Paul. *The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed, with a Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Zimmermann, Andreas. *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*. Oxford: Oxford University press, 2010.

Øyen, Øyvind Dybvik. *Lærebok i utlendingsrett*, 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.

Nettsider

NOAS. *Notat om asyldebatten og sentrale asylpolitiske hendelser 1980-2013*. 2013
[<https://www.noas.no/asyldebatten-og-sentrale-asylpolitiske-hendelser-1980-2013/>] hentet 21.05.2020

Tjernshaugen, Karen. *Her er grafene som forklarer asylåret 2015*. 2016 [<https://www.aftenposten.no/norge/politikk/i/wAjA/her-er-grafene-som-forklarer-asylaaret-2015>] hentet 21.05.20